

# **LA DISTRIBUCIÓN DE BIENES DE CONSUMO DIARIO: COMPETENCIA, OLIGOPOLIO Y COLUSIÓN TÁCITA**

**Abril, 2009**



**LEHIAREN  
DEFENTSARAKO  
EUSKAL AUZITEGIA**

**TRIBUNAL VASCO  
DE DEFENSA  
DE LA COMPETENCIA**



## LA DISTRIBUCIÓN DE BIENES DE CONSUMO DIARIO: COMPETENCIA, OLIGOPOLIO Y COLUSIÓN TÁCITA

<b>1 PRESENTACIÓN</b>	<b>5</b>
<b>2 FUENTES</b>	<b>8</b>
<b>3 HABILITACIÓN COMPETENCIAL</b>	<b>16</b>
<b>4 ANTECEDENTES</b>	<b>17</b>
<b>4.1 NACIONALES</b>	<b>17</b>
<b>4.2 INTERNACIONALES</b>	<b>19</b>
<b>5 ÁMBITO DEL INFORME</b>	<b>25</b>
<b>6 MERCADOS RELEVANTES</b>	<b>27</b>
<b>6.1 MERCADOS DE PRODUCTO</b>	<b>28</b>
6.1.1 DISTRIBUCIÓN MINORISTA DE BIENES DE CONSUMO DIARIO EN AUTOSERVICIO	28
6.1.2 DISTRIBUCIÓN MINORISTA EN GRANDES SUPERFICIES	29
6.1.3 APROVISIONAMIENTO DE BIENES DE CONSUMO DIARIO	39
<b>6.2 MERCADOS GEOGRÁFICOS</b>	<b>43</b>
6.2.1 DISTRIBUCIÓN MINORISTA	43
6.2.2 APROVISIONAMIENTO	46
<b>7 APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE COMPETENCIA A LOS OLIGOPOLIOS</b>	<b>47</b>
<b>7.1 DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA</b>	<b>48</b>
<b>7.2 LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA</b>	<b>55</b>
<b>8 LA COMPETENCIA EN LA DISTRIBUCIÓN MINORISTA DE BIENES DE CONSUMO DIARIO</b>	<b>62</b>
<b>8.1 MARCO DE ANÁLISIS</b>	<b>62</b>
<b>8.2 POSICIÓN DOMINANTE COLECTIVA EN EL MERCADO ESPAÑOL</b>	<b>79</b>
8.2.1 ELEVADA CONCENTRACIÓN	83
8.2.1.1 Criterios relevantes: superficie y volumen de ventas	83
8.2.1.2 Evolución histórica: progresiva concentración	85
8.2.1.3 Mercado de la distribución minorista en autoservicio	86
8.2.1.3.1 Ámbito geográfico nacional	87
8.2.1.3.2 Ámbito geográfico autonómico	91



8.2.1.3.3 Ámbito geográfico local	92
8.2.1.4 Mercado de la distribución minorista en grandes superficies	93
8.2.1.4.1 Ámbito geográfico nacional	94
8.2.1.4.2 Ámbito geográfico provincial/local	94
8.2.2 TRANSPARENCIA	96
8.2.3 CAPACIDAD DE DISUASIÓN DENTRO DEL OLIGOPOLIO	99
8.2.4 AUSENCIA DE REACCIÓN COMPETITIVA EXTERNA	102
8.2.4.1 Barreras de entrada	102
8.2.4.1.1 Legales	102
8.2.4.1.1.1 La Directiva de servicios y los criterios económicos	107
8.2.4.1.1.2 La legislación del suelo	110
8.2.4.1.2 Económicas	115
8.2.4.1.2.1 Economías de escala y alcance	115
8.2.4.1.2.2 Saturación del mercado	116
8.2.4.1.3 Estratégicas	117
8.2.4.2 Inelasticidad de la demanda	121
<b>8.3 POSICIÓN DOMINANTE INDIVIDUAL EN MERCADOS LOCALES</b>	<b>122</b>
<b>8.4 EFECTOS ANTICOMPETITIVOS: PRECIOS SUPRACOMPETITIVOS</b>	<b>123</b>
8.4.1 PARALELISMO DE PRECIOS	125
8.4.2 PRECIOS SUPRACOMPETITIVOS	130
8.4.3 MÁRGENES ELEVADOS	134
8.4.4 OPINIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN MINORISTA	139
<b>8.5 CONCLUSIONES DEL MERCADO MINORISTA</b>	<b>141</b>
 <b>9 LA COMPETENCIA EN EL APROVISIONAMIENTO DE BIENES DE CONSUMO</b>	 <b>143</b>
 <b>9.1 MARCO DE ANÁLISIS</b>	 <b>143</b>
<b>9.2 POSICIÓN DOMINANTE COLECTIVA EN EL MERCADO ESPAÑOL</b>	<b>152</b>
9.2.1 CONCENTRACIÓN	152
9.2.2 TRANSPARENCIA	155
9.2.3 CAPACIDAD DISUASORIA ANTE COMPORTAMIENTOS COMPETITIVOS INTERNOS	156
9.2.4 AUSENCIA DE REACCIÓN COMPETITIVA EXTERNA	158
<b>9.3 COLUSIÓN TÁCITA EN PRECIOS Y EXCLUSIÓN DE OTROS PROVEEDORES/DISTRIBUIDORES</b>	<b>159</b>
9.3.1 PRECIOS SUPRACOMPETITIVOS	162
9.3.2 PAGOS Y CONDICIONES COMERCIALES ANTICOMPETITIVOS	169
9.3.3 GESTIÓN POR CATEGORÍAS	180
9.3.4 MARCAS BLANCAS	185
<b>9.4 CONCLUSIONES DEL MERCADO DE APROVISIONAMIENTO</b>	<b>192</b>
 <b>10 REMEDIOS</b>	 <b>194</b>
 <b>10.1 REMEDIOS EN EL MERCADO MINORISTA</b>	 <b>195</b>
10.1.1 SUPRESIÓN DE RESTRICCIONES LEGALES	195
10.1.1.1 Normativa de comercio contraria a la Directiva de Servicios	195
10.1.1.2 Planeamientos urbanísticos anticompetitivos	195



10.1.1.3 Normativa de venta a pérdida	196
10.1.1.4 Restricciones de horarios comerciales	200
10.1.2 CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN MATERIA DE SUELO	200
10.1.2.1 Adquisición de derechos sobre terrenos con efectos anticompetitivos	204
10.1.2.2 Adquisición defensiva (anticompetitiva) de derechos sobre terrenos	206
10.1.2.3 Transferencia de derechos sobre terrenos con restricciones de uso	207
10.1.2.4 Acuerdos de exclusividad sobre terrenos propiedad de terceros	207
10.1.2.5 Convenios anticompetitivos con Ayuntamientos	209
10.1.2.6 Desinversiones en establecimientos	209
10.1.3 CLÁUSULAS DE CLIENTE MÁS FAVORECIDO	214
10.1.4 SUPERACIÓN DEL MONOPOLIO ESPACIAL: COMPETENCIA VIRTUAL	214
10.1.5 CONTROL DE CONCENTRACIONES: EFECTOS UNILATERALES Y COLUSIVOS	217
10.1.5.1 Efectos unilaterales	218
10.1.5.2 Efectos coordinados	218
10.1.5.3 Un nuevo enfoque para reducir la colusión tácita y la saturación de mercados locales	220
<b>10.2 REMEDIOS EN EL MERCADO DE APROVISIONAMIENTO</b>	<b>221</b>
<b>11 CONCLUSIONES FINALES</b>	<b>229</b>
<b>12 ANEXOS</b>	<b>240</b>
<b>12.1 INFORME CARREFOUR/PROMODÈS, ZONAS 3</b>	<b>240</b>
<b>12.2 RENDIMIENTO ECONÓMICO DE LOS FORMATOS COMERCIALES (NIELSEN, 2008)</b>	<b>241</b>
<b>12.3 CUOTAS DE MERCADO POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS (ALIMARKET, 2008)</b>	<b>242</b>
<b>12.4 BASES DE LA GARANTÍA DEL MEJOR PRECIO CARREFOUR</b>	<b>249</b>
<b>12.5 ANÁLISIS DE LAS ESTRATEGIAS DE INFLUENCIA DEL PRINCIPAL DISTRIBUIDOR SOBRE LAS CONDICIONES DE NEGOCIACIÓN (ESTUDIO CRUZ ROCHE, 1999)</b>	<b>251</b>
<b>12.6 MEDICIÓN DEL GRADO DE CONFLICTO (ESTUDIO CRUZ ROCHE, 1999)</b>	<b>253</b>
<b>12.7 PRÁCTICAS DE LA DISTRIBUCIÓN EN RELACIÓN A SUS PROVEEDORES (REINO UNIDO)</b>	<b>255</b>
<b>12.8 PRÁCTICAS CONTRARIAS AL INTERÉS PÚBLICO (REINO UNIDO)</b>	<b>257</b>
<b>12.9 CÓDIGO DE CONDUCTA (REINO UNIDO)</b>	<b>261</b>
<b>12.10 DECISIÓN DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA ISRAELÍ</b>	<b>268</b>
<b>12.11 FACILITATING PRACTICES IN OLIGOPOLIOS (OCDE)</b>	<b>269</b>
12.11.1 NOTA DE LA AUTORIDAD DANESA	269
12.11.2 DEBATE SOBRE LA GESTIÓN POR CATEGORÍAS	269
<b>12.12 CUOTA DE MERCADO DE LAS MARCAS DE LA DISTRIBUCIÓN (NIELSEN, 2008)</b>	<b>271</b>
<b>12.13 THE GROCERIES (SUPPLY CHAIN PRACTICES) MARKET INVESTIGATION ORDER 2009</b>	<b>274</b>



## 1 Presentación

La existencia de mercados competitivos es una condición indispensable para garantizar la asignación eficiente de los recursos productivos, el crecimiento económico y el empleo sostenible. Por ello, en paralelo a su función sancionadora, las autoridades de defensa de la competencia deben ejercer una vigilancia preventiva sobre los mercados y proponer remedios competitivos cuando las condiciones de competencia en ellos no garantizan una competencia efectiva.

En los últimos años, la elevada concentración de la distribución minorista y su influencia en los precios de los productos de primera necesidad y las relaciones comerciales con los proveedores, ha generado un intenso debate en muchos países, acompañado de un llamamiento a una mayor intervención regulatoria y de las autoridades de competencia. Recientemente, este debate ha trascendido las fronteras nacionales y ha alcanzado una dimensión europea. A finales de 2007, el Parlamento europeo adoptó una Declaración reclamando un mayor control de la distribución y una regulación comunitaria de sus relaciones con los fabricantes y productores. Asimismo, a finales de 2008, la Comisión europea ha adoptado una Comunicación en la que asocia las barreras legales y las conductas anticompetitivas en la distribución minorista con la tendencia inflacionista de los alimentos, y adelanta la necesidad de un mayor control. Esta Comunicación ha motivado a su vez una Resolución del Parlamento Europeo, aprobada en marzo de 2009, en la que se critica la inactividad de la Comisión europea en este campo y se reitera la necesidad, entre otras medidas, de una mayor intervención de las autoridades de competencia para controlar comportamientos abusivos de la gran distribución frente a sus proveedores y los consumidores.

El Estudio “LA DISTRIBUCIÓN DE BIENES DE CONSUMO DIARIO: COMPETENCIA, OLIGOPOLIO Y COLUSIÓN TÁCITA”, constituye la aportación del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia al análisis de las condiciones de competencia en el mercado de la distribución minorista de bienes de consumo diario. La relevancia de este Estudio no reside en la constatación de que el mercado de la distribución minorista presenta una estructura muy concentrada (oligopolio) que desemboca en conductas paralelas (colusión tácita) que restringen la competencia en el mercado. Esta evidencia ha sido puesta de manifiesto anteriormente por otros estudios nacionales e internacionales. Lo novedoso de este Estudio radica en los remedios de diversa índole que propugna para garantizar una competencia efectiva en este mercado. Estos remedios consisten en medidas liberalizadoras y, sobre todo, en una aplicación de la normativa de competencia que se adecue al carácter oligopolista del mercado. De esta forma, se reivindica la normativa de competencia como un sistema jurídico integral capaz de garantizar la competencia en cualquier mercado, incluyendo las estructuras oligopolistas. Esta reivindicación, en un tiempo en el que la intervención pública y la regulación parecen ganar terreno a la libre competencia, es más necesaria si cabe en el ámbito de la distribución minorista.



Efectivamente, la distribución minorista ha sido sometida a una batería de normas y actuaciones administrativas que no han contribuido a generar más competencia y, en muchos casos, han acentuado los problemas de competencia existentes. Por ejemplo, las barreras de implantación a las grandes superficies no han protegido al pequeño comercio y han generado monopolios locales; la normativa que prohíbe la venta a pérdida no ha protegido al consumidor y ha empujado los precios al alza; y la normativa que regula los retrasos en los pagos sólo ha dado carta de validez a plazos de pago muy superiores a los plazos de rotación de los productos.

Si bien la distribución minorista es un ejemplo representativo del fracaso de la intervención legal y administrativa para fomentar una mayor competencia, también es preciso reconocer que las autoridades de competencia han sido incapaces de encontrar remedios eficaces para fomentar una mayor competencia en este mercado, más allá de las recomendaciones (generalmente desoidas) tendentes a la supresión de las barreras legales. Quizá no sea aventurado pensar que esta pasividad ha podido alimentar la semilla de una intervención pública voluntarista con resultados perversos. El origen de esta pasividad radica en la supuesta incapacidad de la normativa de competencia para remediar las conductas colusivas en mercados oligopolistas en los que ninguna empresa ocupa una posición dominante individual. Hasta la fecha, los esfuerzos de las autoridades de competencia se han circunscrito al control de los oligopolios vía control de concentraciones, una solución a todas luces insuficiente.

Sin embargo, tras la clarificación de las condiciones que facilitan la colusión tácita por la Teoría Económica y la asimilación del oligopolio colusivo a la posición dominante colectiva por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las autoridades de competencia pueden y deben controlar la colusión tácita oligopolista en el ámbito tanto de las concentraciones como de las conductas anticompetitivas. Si un oligopolio colusivo puede producir una restricción de la competencia igual de dañina que un cártel de precios, limitar la aplicación de la normativa de competencia sólo a esta última conducta implica admitir la existencia de un agujero legal en la normativa de competencia por el que pueden escapar a su control una multitud de mercados, justificando así otro tipo de remedios legales y regulatorios a menudo más ineficaces.

Precisamente, frente a las intervenciones públicas que no previenen las causas de los fallos de mercado sino sus efectos (por ejemplo, el control de precios o márgenes), la normativa de competencia permite atacar la raíz de las conductas colusivas transformando los incentivos colusivos en una dinámica de mercado competitiva. La telefonía móvil constituye un ejemplo paradigmático. La Audiencia Nacional ha certificado recientemente la legalidad de la obligación de apertura de redes impuesta por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a tres operadores de telefonía móvil que disponen de red propia. Esta obligación, que ha posibilitado la entrada en el mercado de los llamados operadores móviles virtuales (sin red propia), se ha justificado en la estructura oligopolista del mercado y los comportamientos paralelos (colusivos) de los operadores existentes, que ocupan una posición dominante colectiva. En el marco de un análisis tradicional circunscrito a la verificación de una posición dominante individual de uno de los tres operadores de telefonía móvil con red propia o un acuerdo



anticompetitivo entre ellos, no hubiera sido posible imponer la obligación de apertura de redes.

En línea con estos principios, este Estudio no sólo se limita a verificar la existencia de un oligopolio en la distribución minorista española, también profundiza en el análisis de las conductas colusivas que restringen la competencia en este mercado y, de manera novedosa, propone un conjunto de remedios para garantizar la transformación natural del oligopolio colusivo de la gran distribución en un oligopolio competitivo que promueva el bienestar de los consumidores de forma permanente. En suma, los remedios propuestos deben desembocar en una competencia permanente en precios y servicios, en oposición al modelo actual de guerras de precios esporádicas que no quiebran la dinámica colusiva predominante. Para lograr esta finalidad competitiva, se propone, en particular: (1) suprimir las restricciones legales en materia de implantación de establecimientos, horarios de apertura y precios (todas ellas ineficaces y contraproducentes), (2) sancionar las conductas anticompetitivas de las empresas y las administraciones locales en materia de suelo comercial, (3) prevenir la aparición de monopolios locales y suprimir los existentes mediante la imposición de desinversiones que faciliten una mayor competencia, (4) establecer un análisis más riguroso de las concentraciones empresariales que tenga en cuenta la estructura oligopolista del mercado, (5) fomentar la competencia en el canal de ventas por Internet, (6) suprimir los pagos y condiciones comerciales abusivas, orientando la competencia en el mercado de aprovisionamiento a la consecución de precios de cesión más bajos que puedan ser trasladados a los consumidores, y (7) garantizar la igualdad de oportunidades entre la marca blanca y la marca del fabricante, para que sean la eficiencia empresarial y la demanda del consumidor la que determinen el éxito de un producto.

Estos remedios no tienen como finalidad proteger a un eslabón de la cadena de distribución o a empresas individuales frente a otras más eficientes o competitivas, sino garantizar una mayor competencia en la distribución minorista en beneficio de los consumidores.

Sucesivos borradores de este Estudio han sido objeto de consulta con la CNC y las autoridades autonómicas de la competencia. Asimismo, los remedios aquí propuestos serán sometidos a la consideración del “Grupo de Trabajo sobre la distribución minorista” constituido en el seno del Consejo de Defensa de la Competencia, así como de otras autoridades de competencia extranjeras activas en este campo (Reino Unido, Francia, etc.). Confiamos en que, fruto de la coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas y las autoridades de competencia, la normativa de competencia emerja como la mejor herramienta jurídica para garantizar una competencia efectiva en la distribución minorista, un sector clave para la economía y el empleo.

*Javier Berasategi Torices*  
Presidente  
Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia



## 2 Fuentes

### *Principales Instituciones mencionadas en este Estudio*

Comisión Nacional de la Competencia (CNC)  
Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC)  
Servicio de Defensa de la Competencia (SDC)  
Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (TVDC)  
Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT)  
Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)  
Comisión Europea (Comisión)  
Competition Commission, Reino Unido  
Office of Fair Trading, Reino Unido (OFT)  
Competition Appeal Tribunal, Reino Unido (CAT)  
Conseil de la Concurrence, Francia  
Autoritá Garante de la Concorrenza e del Mercato, Italia (AGCM)  
Federal Trade Commission, Estados Unidos (FTC)  
Australia Competition and Comerce Commission, Australia (ACCC)  
Commerce Commission, Nueva Zelanda  
Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)  
Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE)  
Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea (TPI)

### *Principales estudios y documentos análogos mencionados en este Estudio*

- TDC Informe sobre las condiciones de competencia en el sector de la distribución comercial, 2003 (Estudio TDC 2003)
- SDC Informe preliminar sobre la Investigación de la cadena de distribución de determinadas frutas y hortalizas, 2004 (Estudio SDC 2004)
- Comisión Buyer Power and its Impact on Competition in the Food Retail Distribution Sector of the European Union, 1999 (Estudio Dobson 1999)  
Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Hacer frente al reto del alza de precios de los productos alimenticios - Orientaciones para la acción de la UE, 2008  
Communication to the European parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Food Prices in Europe, 2008  
Comunicación al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones: Programa Legislativo y de Trabajo de la Comisión para 2009, 2008
- Parlamento europeo Declaración por escrito sobre la investigación y la subsanación del abuso de poder por parte de grandes supermercados que operan en la Unión Europea, 2007  
Resolución sobre los precios de los productos alimenticios en Europa, 2009



OCDE	Land use restrictions as barriers to entry (Estudio OCDE 2008) Buying Power of Multiproduct Retailers, 1999 (Estudio OCDE 1999) Buying Power of Large-scale Multiproduct Retailers, 1981
Competition Commission	Supermarkets: A Report on the Supply of Groceries from Multiple Stores in the United Kingdom, 2000 (Estudio Competition Commission 2000) Market investigation into the supply of groceries in the UK, 2008 (Estudio Competition Commission 2008)
Autoridades de Competencia Norteamericanas (Estados Unidos, Canadá, México)	Autoridades de Competencia Norteamericanas (Dinamarca, Groenlandia, Islandia, Islas Feroe, Finlandia, Noruega, Suecia) Nordic Food Markets, a taste for competition, 2005 (Estudio Autoridades Norteamericanas 2005)
Conseil de la Concurrence	Avis n° 04-A-18 relatif à une demande d'avis présentée par l'Union Fédérale des Consommateurs (UFC-Que Choisir) relative aux conditions de la concurrence dans le secteur de la grande distribution non spécialisée, 2004 (Dictamen Conseil de la Concurrence 2004) Avis n° 07-A-12 relatif à la législation relative à l'équipement commercial”, 2007 (Dictamen Conseil de la Concurrence 2007)
Commission pour la Libération de la Croissance Française (Francia)	Commission pour la Libération de la Croissance Française (Francia) Rapport, 2008 (Informe Attali 2008)
Irish Competition Authority	Groceries: Monitor Report 1, 2008
FTC	Report on the Federal Trade Commission Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grocery Industry, 2001 (Estudio FTC 2001) Slotting Allowances in the Retail Grocery Industry: Selected Case Studies in Five Product Categories, 2003 (Estudio FTC 2003)
Autoridad israelí de la competencia	“Stance of the General Director on Commercial Arrangements between Food Suppliers and Retail Chains”, 2005 (“Decisión final israelí 2005”)

### ***Principales concentraciones mencionadas en este Estudio***

TDC	Informe del TDC de 4 de mayo de 2000, Exp. C-52/00 Carrefour/Promodès (“Informe Carrefour/Promodès”) Informe del TDC de 27 de abril de 2001, Exp. C-64/01, Pío Coronado/Cemetro (“Informe Pío Coronado/Cemetro”) Informe del TDC de 28 de mayo de 2002, Exp. C-70/02, Caprabo/Enaco (“Informe Caprabo/Enaco”) Informe del TDC de 28 de mayo de 2003, Exp. C-79/03 Dia/El Árbol (“Informe Dia/El Árbol”) Informe del TDC de 19 de diciembre de 2003, Exp. C-83/03, Caprabo/Alcosto (“Informe Caprabo/Alcosto”) Informe del TDC de 20 de abril de 2006, Exp. C-95/06, Miquel Alimentació/Puntocash (“Informe Miquel Alimentació/Puntocash”)
-----	--



Informe del TDC de 2 de noviembre de 2006, Exp. C-100/06, Carrefour/Dinosol (“Informe Carrefour/Dinosol”)

Informe del TDC de 7 de marzo 2007, Exp. C-103/2007, Mahou San Miguel/Alhambra

Informe del TDC de 2 de agosto 2007, Exp. C-104/2007, Balearia/Buquebus

Informe del TDC de 7 de septiembre 2007, Exp. C-105/2007, Air Berlin/LTU

#### CNC

Informe de la CNC de 25 de septiembre de 2007, Exp. C-107/07, Eroski/Caprabo (“Informe Eroski/Caprabo”)

Informe de la CNC de 5 de diciembre de 2008, Exp. C-113/08 Supermercados Sabeco/ Galerias Primero

#### Comisión

Decisión de la Comisión M.97/277 Kesko/Tuko, (“Decisión Kesko/Tuko”), DOCE L110, 26.4.97

Decisión de la Comisión M.99/674 Rewe/Meinl, (“Decisión Rewe/Meinl”), DOCE L 274, 23.10.99

Decisión de reenvío parcial a España M.1684 Carrefour/Promodès, (“Decisión de reenvío Carrefour/Promodès”), 25.01.2000

Decisión de la Comisión M.1684, Carrefour/Promodès (“Decisión Carrefour/Promodès”), 25.01.2000

Decisión de la Comisión de reenvío de una concentración, M.5112, Rewe/ Plus Discount (“Decisión de reenvío Rewe/Plus Discount”), 3.07.2008

#### Otras autoridades

AGCM (Italia), Schemaventuno-Promodes/Gruppo GS, Bollettino n. 25/1998

Conseil de la Concurrence (Francia), Avis n° 00-A-06 du 3 mai 2000, relatif à l'acquisition par la société Carrefour de la société Promodès

Commerce Commission (Nueva Zelanda), Decisión 448, Progressive Enterprises Limited and Woolworths (NZ) Limited (“Decisión Progressive/Woolworths”), 14 de diciembre de 2001

### *Principales expedientes sancionadores mencionados en este Estudio*

#### TDC

Resolución del TDC de 20 de marzo de 1998, Expte. 419/97, Cruz Roja de Fuengirola

Resolución del TDC de 11 de mayo 1998, Exp. 387/1996, Películas de Vídeo

Resolución del TDC de 19 de febrero de 1999, Exp. 427/1999, Electra Caldense

Resolución del TDC de 15 de abril 1999, Exp. 426/1998, Azúcar

Resolución del TDC de 29 de noviembre 1999, Exp. 432/1998, Líneas Áereas

Resolución del TDC de 9 de marzo 2000, Exp. 461/1999, Autoescuelas Alcalá

Resolución del TDC de 27 de julio 2000, Exp. 465/1999, Propiedad Intelectual Audiovisual

Resolución del TDC de 25 de octubre 2000, Exp. 476/1999, Agencias de Viaje

Resolución de 12 de febrero 2001, Exp. R 437/2000, Laboratorios Farmacéuticos

Resolución del TDC de 21 de junio de 2007, Expediente 612/06, Aceites 2 (“Resolución Aceites 2”)



## CNC

Resolución de la CNC de 7 de mayo de 2008, Expte. 632/07, Feriantes Ayuntamiento de Peralta (“Resolución Feriantes Ayuntamiento de Peralta”)

## TVDC

Resolución del TVDC de 18 de junio de 2007, Exp. 1/2006, ASETRAVI

Resolución de TVDC de 20 de febrero de 2008, Exp. 1/2007, Igualatorio Médico Quirúrgico (“Resolución TVDC Igualatorio Médico Quirúrgico”)

## Comisión

Decisión IV/28.841 - ABG oil companies operating in the Netherlands, DOCE L 1, 1977

Decisión IV/31.906 - Vidrio plano, DOCE L 33, 1989

Decisión IV/32.450, Comités de armadores franceses y de África occidental, DOCE L 134, 1992

Decisión IV/32.448 y IV/32.450, Cewal, DOCE L 34, 1993

Decisión IV/35.134, TACA, DOCE L 95, 1999

## Conseil de la Concurrence

Decisión 03-D-45 de 25 de septiembre de 2003, confirmada por la sentencia de 21 de septiembre de 2004 de la Corte de Apelación de Paris, contra Texas Instruments y Noblet (importador de Casio)

Décision 04-D-13, de 8 de abril de 2004, sancionando a la empresa SOCIETE por un abuso de posición dominante

Décision 07-D-50, de 20 de diciembre de 2007, relativa a prácticas anticompetitivas en el sector de la distribución de juguetes (“Resolución distribución de juguetes del Conseil de la Concurrence”)

## *Principales sentencias mencionadas en este Estudio*

### TJCE

Sentencia del TJCE de 14 de julio de 1972, Asunto 54/69, SA française des matières colorantes (Francolor) c. Comisión, ECR 1972, p. 851.

Sentencia del TJCE de 29 de junio de 1978, Asunto 77/77, Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV y otros c. Comisión, ECR 1978, p. 1513

Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1985, Asuntos acumulados C-89, 104, 116, 117, 125, 129/85, Ahlström Oskaeyhtio y otros c. Comisión (Pasta de Papel II), Rep. 1993, I-1307

Sentencia del TJCE de 27 de abril de 1994, Asunto C-393/92, Almelo y otros c. Comisión, Rep. 1994, I-1477

Sentencia del TJCE de 5 de octubre de 1994, Asunto C-323/93, La Crespelle, Rep. 1994, I-5077

Sentencia del TJCE de 6 de abril 1995, Asuntos acumulados C-241-242/91, Radio Telefis Eireann e ITP c. Comisión (Magill), Rec. I-743, 1995

Sentencia del TJCE de 16 de marzo de 2000, Asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge y otros c. Comisión, Rep. 2000, I-1365

Auto del TJCE de 23 de febrero de 2006, Asunto C-171/05P, Laurent Piau c. Comisión

Sentencia del TJCE de 10 de julio de 2008, Asunto C-413/06 P, Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala



## TPI

- Sentencia del TPI de 10 de marzo de 1992, Asuntos acumulados T-68, 77, 78/89, Societa Italiana Vetro Spa, Fabbrica Pisana Spa y PPG Vernante Pennitalia Spa c. Comision, Rep. 1992, II-1403
- Sentencia del TPI de 25 de marzo de 1999, Asunto T-102/96, Gencor c. Comisión, Rep. 1999, II-753
- Sentencia del TPI de 7 de octubre de 1999, Asunto T-228/97, Irish Sugar c. Comisión, Rep. 1999, II-2969
- Sentencia del TPI de 6 de junio de 2002, Asunto T-342/99, Airtous c. Comisión, Rep. 2002, II-1742
- Sentencia del TPI de 26 de enero de 2005, Asunto T-193/02, Laurent Piau c. Comisión
- Sentencia del TPI de 13 de julio de 2007, Asunto T-464/04, Impala c. Comisión
- Sentencia del TPI de 17 de septiembre 2007, Asunto T-201/04, Microsoft c. Comisión

## Sentencias españolas

- Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 28 de febrero de 2001, Sala Contencioso Administrativo, Rec. 657/1998
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre 2007, rec. 2171/2002, Asnef Equifax
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2009, rec. 307/2006 Telefónica Móviles

## Sentencias extranjeras

- Tribunal Federal en el asunto Conwood Co., L.P. v. United States Tobacco Co., 290 F.3d 768 (6th Cir. 2002)
- Sentencia del Tribunal Federal (apelación), Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) v Australian Safeway Stores Pty Ltd, 129 FCR 339, 2003
- Sentencia de 21 de septiembre de 2004 de la Corte de Apelación de Paris, Texas Instruments c. Conseil de la Concurrence
- Sentencia del CAT de 4 de marzo de 2009, 1104/6/8/08 *Tesco Plc. v. Competition Commission*

## Bibliografía académica

- American Antitrust Institute, “Antitrust and Category Captains, Roundtable Discussion”, National Press Club, Washington D.C., June 23, 2003
- Bain, *Industrial Organization*, John Wiley & Sons, New York, 1968
- Bain, *Barriers to New Competition*, Harvard University Press: Cambridge MA, 1956
- Hotelling, “Stability and Competition”, Economic Journal 39(1), 1929
- Banco Central Europeo, Task Force of the Monetary Policy Committee of the European System of Central Banks, “Competition, Productivity and Prices in the Euro Area Services Sector”, Occasional Paper Series 44, abril 2006
- Berenguer, “Una apuesta por el mercado”, Conferencia en el Club Siglo XXI, 13.11.2007



- Bertrand, “Théorie des richesses: Revue de ‘Théorie mathematique de la richesse sociale’ par L. Walras et ‘Recherches sur les principes mathematiques de la theorie des richesses’ par A. Cournot”, *Journal de Savants* 67, 1883
- Edgeworth, “The pure theory of monopoly”, *Papers relating to political economy*, Vol. 1, Burt Franklin, New York, 1925
- Bork, *The antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, the Free Press, New York, 1993
- Brito, “Preemptive Mergers Under Spatial Competition”, *International Journal of Industrial Organization* 21(10), 2003
- Caixa Catalunya, Consumo y Economía Familiar, “La inflación de alimentos en España: comparativa con el área del euro y causas fundamentales”, *Consumo y Economía Familiar* N° 51, junio 2008
- Carameli, “The anti-competitive effects and antitrust implications of category management and category captains of consumer products”, *Chicago-Kent Law Review*, Volume 79-3, 2004
- Comisión Europea, *Proceedings of the European Competition Forum*, ed. Wiley, New York, 1996
- Cournot, *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Editorial Dunod, Paris, 2001
- Cruz Roche (coord.), *Los canales de distribución de productos de gran consumo: Concentración y Competencia*, Ed. Pirámide, 1999
- Cruz Roche, Rebollo Arévalo y Yagüe, “Concentración y competencia en los canales de distribución de productos alimenticios”, *Papeles de Economía*, núm. 96, 2003
- Cruz Roche y Oubiña, “Estructura de competencia y dispersión de precios en el comercio minorista”, *Información Comercial Española ICE*, núm. 828, 2006
- Cruz Roche, Oubiña y Yagüe , “Análisis de la dispersión de precios en el comercio minorista: el papel de la competencia multmercado”, *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, vol. 17, núm. 2, 2008
- Chamberlain, *The theory of monopolistic competition*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1993
- Demsetz, “Industry Structure, Market Rivalry and Public Policy”, *Journal of Political Economy*, 44, 1964
- Dobson, “Retailer Buyer Power in European Markets: Lessons from Grocery Supply”, *Business School Research Series*, Loughborough University, June 2002
- Dobson, “Exploiting Buyer Power: Lessons from the British Grocery Trade”, *72 Antitrust Law Journal No. 2*, 2005
- Eaton y Lipsey, “The Theory of Market Preemption: The Persistence of Excess Capacity and Monopoly in Growing Spatial Markets”, *Economica* 46, 1979
- Epstein y Rubinfeld, “Effects of Mergers Involving Differentiated Products” prepared for the European Comission, COMP/B1/2003/07, October 7, 2004
- Fels, Beare y Szakiel, “Choice Free Zone”, Frontier Economics, Australia, Mayo 2008



- Fishkin, "Historical Review of FTC Supermarket Merger Enforcement 1997-2001", FTC Conference on Grocery Store Antitrust, 24 de mayo, 2004
- Gaffney, "Land as a Distinctive Factor of Production", Nicolaus Tideman (ed.), *Land and Taxation*. Shepheard-Walwyn (Publishers) Ltd., London, 1994
- George, *Progress and Poverty*, Doubleday, Page & Co., New York, 1879
- Idot, "Epilogue dans l'affaire Pâte de Bois, les derniers apports de la Cour au droit communautaire de la concurrence", Europe, Chronique 6, junio 1993
- Ivaldi, Jullien, Rey, Seabright y Tirole, "The Economics of Unilateral Effects", IDEI, Toulouse, 2003, Interim Report for DG Competition, European Commission
- Kaysen y Turner, *Antitrust Policy*, Harvard University Press, Cambridge, 1959
- Krattenmaker y Salop, Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs To Achieve Power Over Price, 96 Yale L.J. 209, 1986
- Lane, "Product Differentiation in a market with endogenous sequential entry", Bell Journal of Economics 11, 1980
- Leary, "A Second Look at Category Management", Conferencia de 17 de mayo, 2004
- Matea y Mora, "Una aproximación a la regulación del comercio al por menor a partir de indicadores sintéticos", Dirección General del Servicio de Estudios, Banco de España, Boletín Económico 100, Octubre 2007
- Matea y Esteban, "Transformaciones estructurales, precios y márgenes en el sector de distribución al por menor de alimentos", Boletín Económico, Banco de España, junio 2003
- Orr y McAvoy, "Price Strategies to promote cartel stability" Economica 32, 1965
- Osborne, "Cartel problems" American Economic Review, 66, 1976
- Petit, *Oligopolies, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, Ed. Bruylant, Bruselas, 2007
- Posner, "The Chicago school of antitrust analysis", University of Pennsylvania Law Review, 925, 1979
- Posner, "Oligopoly and Antitrust Laws: A suggested approach", Stanford Law Review 21, 1969, p. 1575
- Sánchez Armas, "La venta con pérdida: marco jurídico", Subdirectora General de Comercio Interior, Ministerio de Industria Comercio y Turismo
- Shaffer, "Slotting Allowances and Resale Price Maintenance: A Comparison of Facilitating Practices," RAND Journal of Economics 22, 1991
- Shaffer, "Slotting Allowances and Optimal Product Variety," Volume 5 [2005] Issue 1, Economic Analysis and Policy, Berkeley Economic Journals
- Shapiro, "Mergers with Differentiated Products," *Antitrust*, 10(2), 1996, pp. 23-30
- Skitol, "Consolidation and the Private Label Sector: Antitrust Enforcement Policy Developments", American Antitrust Institute, 2002
- Smith, *The Wealth of Nations*, Edimburgh, 1776
- Stigler, "Theory of Oligopoly", Journal of Political Economy, 72, 1964



Tucker, “U.S. Merger Review in the Grocery Store Business”, ABA Section of International Law Committee on International Antitrust Law, 21 de mayo de 2008

Van Den Bergh & Camesasca, *European Competition Law and Economics: a Comparative Perspective*, Ed. Intersentia-Hart, Oxford, 2001

Von Stackelberg, *Marktform und gleichgewicht*, Julius Springer, Viena, 1934, incluido en *The theory of the market economy*, traducción de Peacock, William Hodge, Londres, 1952

Von Neumann y Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behaviour*, Princeton University Press, New Jersey, 1944

Yagüe, “Relación entre concentración y precios en el comercio minorista”, Información Comercial Española ICE, núm. 739, 1995



### 3 Habilitación Competencial

El Estudio “DISTRIBUCIÓN DE BIENES DE CONSUMO DIARIO: COMPETENCIA, OLIGOPOLIO Y COLUSIÓN TÁCITA” (“Estudio”) ha sido aprobado por el Pleno del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (“TVDC”) celebrado el 20 de abril de 2009, a propuesta del Ponente, Sr. JAVIER BERASATEGI TORICES, en ejercicio de las competencias consultivas que al TVDC le atribuye el artículo 18 del Decreto 81/2005, de 12 de abril, de creación del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia y de asignación de funciones del Servicio de Defensa de la Competencia en la Comunidad Autónoma de Euskadi<sup>1</sup>. En dicho precepto se establece el deber del TVDC de promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados mediante actuaciones consistentes en la realización de estudios y trabajos de investigación en materia de competencia y la elaboración de informes generales sobre sectores económicos y mercados en términos de libre competencia<sup>2</sup>.

Las conclusiones de este Estudio y, en particular, la existencia de una posición dominante individual o colectiva y el carácter abusivo o anticompetitivo de ciertas conductas, no vinculan jurídicamente a terceros. La existencia de una infracción de los artículos 1 y/o 2 de la LDC deberá ser establecida en el marco de un expediente sancionador a la luz de los hechos probados durante la tramitación de dicho expediente.

<sup>1</sup> El artículo 18 del Decreto 81/2005 ha sido introducido por el Decreto 36/2008, de 4 de marzo, de modificación del Decreto de creación del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia y de asignación de funciones del Servicio de Defensa de la Competencia en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

<sup>2</sup> El artículo 18 del Decreto 81/2005 se inspira en el artículo 26.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (“LDC”).



## 4 Antecedentes

La existencia de restricciones legales y fallos de mercado en la distribución minorista y el aprovisionamiento de bienes de consumo diario es una de las cuestiones que más preocupan a las autoridades de competencia en todo el mundo. En España, los extintos Tribunal de Defensa de la Competencia (“TDC”) y Servicio de Defensa de la Competencia (“SDC”) han realizado sendos estudios sobre esta cuestión<sup>3</sup>. En el ámbito internacional, diversas instituciones como la Comisión Europea (“Comisión”) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”), así como numerosas autoridades de competencia nacionales, han estudiado la existencia de barreras legales y prácticas anticompetitivas en este campo.

### 4.1 Nacionales

En 2003, el TDC publicó su “Informe sobre las condiciones de competencia en el sector de la Distribución Comercial”<sup>4</sup> (“Estudio TDC 2003”). El TDC actuó a instancia del Ministerio de Economía, que había solicitado:

“...un análisis de competencia que abarcara los siguientes aspectos:

- *Estudio de las condiciones de competencia en el sector de la distribución comercial – funcionamiento del sector y análisis comparativo con otros países de nuestro entorno–, especialmente en el segmento de la distribución de bienes de consumo diario alimentario, incluyendo los mercados de abastecimiento y de distribución minorista.*
- *Estudio de la evolución, en los últimos años, de los márgenes en este segmento de la distribución de bienes de consumo diario alimentario.*
- *Estudio de la relación entre precios en origen y en destino en este mismo segmento.*
- *Estudio de cualquier otro factor que pueda haber influido, en los últimos años, en la evolución de las condiciones de competencia en el comercio minorista de productos de consumo diario alimentario y, que pueda haber supuesto una merma del excedente del consumidor.”<sup>5</sup>*

El Estudio TDC 2003 denunció la existencia de barreras legales que restringen la competencia y crean “monopolios espaciales de facto” con poder de mercado frente a los proveedores:

“2. La Ley de Ordenación del Comercio Minorista y las leyes que regulan este sector en las Comunidades Autónomas, al restringir o limitar la apertura de nuevos establecimientos, establecen una barrera legal de entrada en el sector reduciendo la competencia a nivel local, comarcal o regional. Esta situación permite que las empresas ya instaladas sean menos eficientes, lo que se traduce en mayores precios y márgenes en comparación con los existentes en ausencia de este tipo de barreras de entrada.

(...)

<sup>3</sup> La nueva LDC ha establecido una Comisión Nacional de la Competencia (“CNC”), que incluye una Dirección de Investigación (sucesora del SDC) y un Consejo (sucesor del TDC).

<sup>4</sup> Informe (I 100/02), 4 de junio de 2003. <http://www.cncompetencia.es/PDFs/OtrosInf/5.pdf>

<sup>5</sup> Estudio TDC 2003, p.1.



4. Al limitar la apertura de grandes establecimientos, se está, a su vez, limitando la competencia entre los mismos y, por tanto, reforzando el poder de mercado de los ya instalados, creando monopolios espaciales de facto. Esta limitación repercute en los precios, la inversión, el empleo, los consumidores y los proveedores de estos establecimientos; permitir su expansión favorece la competencia entre ellos, lo que supone una oferta mayor y menores precios.

5. El incremento de la competencia, fruto del aumento del número de establecimientos, repercutirá también en un menor poder de mercado de éstos respecto de los proveedores. La competencia por el abastecimiento generará unas condiciones de oferta más ventajosas para el proveedor.

(...)

7. La actual normativa del comercio minorista supone un cierre del mercado que impide la contestabilidad suficiente para garantizar el libre juego de la oferta y de la demanda. La falta de competencia otorga privilegios a las empresas líderes ya instaladas, que no actúan para atraerse a los consumidores, sino para presionar a los poderes públicos en el mantenimiento de tales privilegios.

8. La actividad de un sector no es ajena al funcionamiento global de una economía. Las restricciones a la competencia en un sector repercuten en el empleo, en la inversión y, en última instancia, en el nivel de precios de toda la economía de un país.”<sup>6</sup>

El Estudio TDC 2003 justificaba la necesidad de una vigilancia especial sobre la competencia en la distribución comercial, tanto en el ámbito del control de concentraciones como de las conductas. Asimismo, en vista de la interdependencia entre el mercado de la distribución comercial y el mercado de aprovisionamiento, el TDC consideraba necesario extender esta vigilancia a ambos mercados:

“La actual situación en el sector de la distribución comercial con altas barreras de entrada obliga a vigilar estrechamente las condiciones de competencia en el mismo, bien de forma preventiva examinando los cambios en la estructura bien a posteriori vigilando el cumplimiento de las condiciones impuestas en las concentraciones así como las posibles conductas anticompetitivas tanto en el plano horizontal como entre distribuidores y sus proveedores. Esta vigilancia debe efectuarse, por tanto, en dos mercados: el mercado final que se dirige a los consumidores y el mercado de abastecimientos que se dirige hacia los fabricantes y productores. Ambos están interrelacionados puesto que un mayor poder de mercado en uno de ellos repercute simétricamente en el otro. La actuación rigurosa de las Autoridades de Competencia en ambos mercados resulta decisiva para garantizar que cualquier desviación de los comportamientos auténticamente competitivos sea fiscalizada, investigada y resuelta.”<sup>7</sup>

Asimismo, en 2004, el SDC publicó su “Informe preliminar sobre la Investigación de la cadena de distribución de determinadas frutas y hortalizas”<sup>8</sup> (“Estudio SDC 2004”), que tenía como finalidad determinar “las causas de los fuertes incrementos de precios en

<sup>6</sup> Estudio TDC 2003, Resumen, pp. 21-23.

<sup>7</sup> Estudio TDC 2003, p. 4.

<sup>8</sup> Informe de 19 de enero de 2004. <http://www.cncompetencia.es/PDFs/OtrosInf/10.pdf>



*consumo y...explicar las diferencias en niveles y en tasas de variación en origen y consumo.”<sup>9</sup>*

#### 4.2 Internacionales

La concentración de la distribución minorista de bienes de consumo, su poder de compra frente a los proveedores y las barreras económicas y legales de entrada son fenómenos comunes en prácticamente todos los mercados nacionales. Por ello, el análisis de esta cuestión en España no puede obviar los estudios llevados a cabo por instituciones supranacionales y otras autoridades de competencia nacionales.

La OCDE fue la primera organización en estudiar los posibles efectos anticompetitivos del poder de compra de la distribución minorista en 1981<sup>10</sup>. Asimismo, en 1998 organizó una mesa redonda con los Estados miembros que dio lugar a la publicación en 1999 de un Estudio pionero sobre el poder de compra en la distribución minorista (“Estudio OCDE 1999”)<sup>11</sup>. Ese mismo año, la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea (“Comisión”) publicó un Estudio sobre la misma cuestión, en la que se ponía de manifiesto los efectos anticompetitivos de abuso del poder de compra por parte de empresas con poder de mercado (“Estudio Dobson 1999”)<sup>12</sup>. En el año 2000, la Competition Commission (Reino Unido) publicó su Estudio sobre la distribución minorista y su poder de compra (“Estudio Competition Commission 2000”)<sup>13</sup>. En 2001, la Federal Trade Commission estadounidense (“FTC”) publicó un Estudio sobre los pagos de referencia y otras condiciones comerciales (“Estudio FTC 2001”)<sup>14</sup>, que sirvió de preludio a un Estudio teórico y empírico sobre los efectos de los pagos de referencia publicado en 2003 (“Estudio FTC 2003”)<sup>15</sup>. En 2004, el Conseil de la Concurrence (Francia) emitió un Dictamen relacionado con los efectos anticompetitivos de los pagos comerciales y la conformidad con la normativa de competencia de un acuerdo entre agentes económicos y consumidores encaminado a limitarlos (“Dictamen Conseil de la Concurrence 2004”)<sup>16</sup>. En 2005, la autoridad de competencia israelí adoptó una Decisión final, como continuación de su Informe preliminar adoptado en 2003, imponiendo una serie de obligaciones a los principales proveedores y distribuidores de la distribución minorista para garantizar una mayor

<sup>9</sup> Estudio SDC 2004, p. 3.

<sup>10</sup> OCDE, “Report of the Committee of Experts on Restrictive Business Practices, Buying Power of Large-scale Multiproduct Retailers”, 1981.

<sup>11</sup> OCDE, “Buying Power of Multiproduct Retailers”, Committee on Competition Law and Policy, DAFCE/CLP (99) 21, 1999.

<sup>12</sup> Dobson Consulting, “Buyer Power and its Impact on Competition in the Food Retail Distribution Sector of the European Union”, DG Competencia, Comisión, 1999.

<sup>13</sup> Competition Commission, “Supermarkets: A Report on the Supply of Groceries from Multiple Stores in the United Kingdom”, Cm 4842, 2000.

<sup>14</sup> FTC, “Report on the Federal Trade Commission Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grocery Industry”, Report by FTC Staff, 2001.

<sup>15</sup> FTC, “Slotting Allowances in the Retail Grocery Industry: Selected Case Studies in Five Product Categories”, an FTC Staff Study, 2003.

<sup>16</sup> Conseil de la Concurrence, “Avis n° 04-A-18 relatif à une demande d’avis présentée par l’Union Fédérale des Consommateurs (UFC-Que Choisir) relative aux conditions de la concurrence dans le secteur de la grande distribution non spécialisée”, 2004.



competencia en sus relaciones comerciales y la gestión por categorías<sup>17</sup>. Asimismo, las siete autoridades de competencia nórdicas publicaron un estudio sobre la competencia en la distribución y aprovisionamiento en el que ponían de manifiesto los riesgos anticompetitivos de una excesiva concentración, la emergencia de conductas paralelas (“colusión tácita”) y los riesgos exclusionarios de los pagos comerciales y la preferencia otorgada por la distribución a las marcas blancas (“Estudio Autoridades Nórdicas 2005”)<sup>18</sup>. El Conseil de la Concurrence también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la normativa de comercio francesa y el control de las posiciones de dominio locales (“Dictamen Conseil de la Concurrence 2007”)<sup>19</sup>. En 2008 también se han publicado diversos estudios nacionales en este campo. La Comisión independiente creada por el Gobierno francés para proponer reformas sociales y económicas ha incluído entre sus principales recomendaciones en materia económica, una revisión de la legislación restrictiva de la competencia en el sector de la distribución minorista (“Informe Attali 2008”)<sup>20</sup>. La Competition Commission ha vuelto a realizar un Estudio sobre la competencia en la distribución minorista y su aprovisionamiento, probablemente el más exhaustivo realizado hasta la fecha, y ha adoptado numerosos remedios para promover una mayor competencia en ambos mercados (“Estudio Competition Commission 2008”)<sup>21</sup>. Asimismo, la Australian Competition and Consumer Commission (“ACCC”) ha publicado un Informe sobre la distribución minorista y las relaciones con los proveedores (“Estudio ACCC 2008”). Por último, el Comité de Competencia de la OCDE organizó un seminario dedicado a las barreras de entrada derivadas de las restricciones de uso del suelo (“Estudio OCDE 2008”)<sup>22</sup>.

En el ámbito de las instituciones europeas, a finales de 2007 el Parlamento europeo aprobó una Declaración instando a la Comisión a que estudie y proponga remedios contra el poder de compra de la gran distribución:

“A. Considerando que, en el conjunto de la UE, la venta al por menor está cada vez más dominada por un número reducido de cadenas de supermercados,

<sup>17</sup> “Stance of the General Director on Commercial Arrangements between Food Suppliers and Retail Chains”, 5 de enero de 2005 (“Decisión final israelí 2005”). El Informe preliminar “Stance of the General Director on Commercial Practices between Dominant Food Suppliers and Large Retail Chains” fue publicado el 29 de mayo de 2003.

<sup>18</sup> Autoridades de Competencia de Dinamarca, Groenlandia, Islandia, Islas Feroe, Finlandia, Noruega y Suecia, “Nordic Food Markets, a taste for competition”, 2005.

<sup>19</sup> Conseil de la Concurrence, “Avis n° 07-A-12 relatif à la législation relative à l'équipement commercial”, 2007.

<sup>20</sup> Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, 2008.

<sup>21</sup> Competition Commission, “Market investigation into the supply of groceries in the UK”, 2008. El Estudio Competition Commission 2008 es especialmente relevante porque la estructura competitiva del mercado minorista británico es muy similar al mercado español, *vid.*, epígrafe 8.24: “Grocery retailing, in terms of national sales shares in the UK, is relatively highly concentrated. As we set out in paragraph 3.4, the four largest grocery retailers have just over 65 per cent of national grocery sales. These four grocery retailers and four others (CGL, M&S, Somerfield, Waitrose) account for 90 to 95 per cent of all larger grocery stores in the UK (see paragraph 3.7), and nearly 90 per cent of all mid-sized and larger grocery stores in the UK (see paragraph 3.9).”

<sup>22</sup> OCDE, Competition Committee, “Land use restrictions as barriers to entry”, DAF/COMP(2008) 25, 28.11.2008.



- B. Considerando que estos minoristas se están convirtiendo en controladores del acceso real de agricultores y otros proveedores a consumidores de la UE,
- C. Considerando que existen elementos de juicio en el conjunto de la UE que indican que grandes cadenas de supermercados abusan de su poder de compra para presionar a la baja los precios pagados a los proveedores (establecidos tanto en la UE como en el extranjero) hasta niveles insostenibles e imponerles condiciones injustas,
- D. Considerando que tales presiones sobre los proveedores tienen efectos negativos para la calidad de los puestos de trabajo y la protección del medio ambiente,
- E. Considerando que los consumidores se enfrentan a una posible pérdida de diversidad de productos, de patrimonio cultural y de tiendas de minoristas,
- F. Considerando que algunos Estados de la UE han introducido disposiciones nacionales con el objetivo de limitar tal abuso, pero considerando que los grandes supermercados operan cada vez más a través de las fronteras nacionales, lo que hace conveniente una legislación de la UE armonizada,
1. Insta a la Dirección General de Competencia a que investigue los impactos que la concentración del sector de los supermercados tiene en las pequeñas empresas, los proveedores, los trabajadores y los consumidores y, en particular, para evaluar los abusos del poder de compra que puedan derivarse de tal concentración;
  2. Solicita a la Comisión que proponga medidas adecuadas, incluidas las de carácter regulador, para proteger a los consumidores, a los trabajadores y a los productores de abusos por parte de la posición dominante o de impactos negativos constatados en el curso de esta investigación.”<sup>23</sup>

A mediados de 2008, la espiral inflacionista de los precios de ciertos alimentos impulsó a la Comisión a adoptar una Comunicación con varias propuestas de actuación, entre las que destacaba:

“Investigar el funcionamiento de la cadena de suministro alimentario. La Comisión va a crear un grupo de trabajo para examinar el funcionamiento de la cadena de suministro alimentario, incluidas la concentración y la segmentación del mercado en los sectores minorista y de distribución en la UE y redactará un primer informe de la situación a finales de 2008. Estos trabajos contribuirán, en particular, al seguimiento del sector minorista establecido con posterioridad a la revisión del mercado único. La Comisión continuará también con sus trabajos sobre estas cuestiones en estrecha colaboración con las autoridades nacionales de competencia y anima a los Estados miembros que han reformado, o tienen previsto reformar, las regulaciones restrictivas en el sector minorista, a que prosigan sus esfuerzos.”<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Declaración por escrito del Parlamento europeo sobre la investigación y la subsanación del abuso de poder por parte de grandes supermercados que operan en la Unión Europea”, PE 396.875, 10.10.2007.

<sup>24</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Hacer frente al reto del alza de precios de los productos alimenticios - Orientaciones para la acción de la UE, COM (2008) 321 final, 20.5.2008, p. 11.



El 28 de abril de 2008, la Comisión creó el Grupo de Alto Nivel sobre la Competitividad de la Industria Agroalimentaria<sup>25</sup>. Uno de sus grupos de trabajo está analizando la estructura de la cadena de suministro alimentaria y, en particular, las condiciones de competencia y la formación de precios<sup>26</sup>.

Por otra parte, el Consejo Europeo de Junio de 2008 solicitó a la Comisión que presentase un informe sobre la inflación de los alimentos y el funcionamiento de la cadena de suministro antes de finalizar el año.

Finalmente, el 10 de diciembre de 2008, la Comisión adoptó una nueva Comunicación sobre los precios de los alimentos en Europa<sup>27</sup>. En relación al funcionamiento de la cadena de suministro, la Comisión ha admitido que las siguientes restricciones competitivas y regulatorias pueden haber contribuido a la espiral inflacionista:

- Las barreras de entrada a las grandes superficies elevan los precios y reducen la productividad;
- la prohibición de venta a pérdida establece un precio mínimo que reduce la competencia e incrementa el coste de gestión de stock;
- las restricciones de horarios comerciales incrementan los costes operativos, logísticos y de infraestructura de los distribuidores; y
- la concentración en el mercado de los fabricantes y de la distribución puede facilitar:
  - o Cárteles
  - o Conductas excluyentes o colusivas de las centrales de compras no integradas verticalmente
  - o Fijación de precios mínimos
  - o Acuerdos de aprovisionamiento exclusivo, venta vinculada o de marca blanca pueden reducir la competencia inter-marca dentro del establecimiento y excluir a productos competidores
  - o Acuerdos de distribución exclusiva pueden excluir a otros distribuidores.<sup>28</sup>

Por ello, la Comisión ha propuesto actuar en el ámbito comunitario y nacional para suprimir las restricciones legales (establecimiento de grandes superficies, venta a pérdida y horarios comerciales) y las conductas anticompetitivas. En relación a las relaciones proveedores-distribuidores, la Comisión ha subrayado la necesidad de desincentivar las prácticas que distorsionan la relación proveedor-distribuidor, como por ejemplo los retrasos en los pagos o los pagos excesivos o injustificados por servicios prestados por los distribuidores. En este sentido, la Comisión considera

<sup>25</sup> Decisión de la Comisión de 28 de abril de 2008 por la que se establece el Grupo de Alto Nivel sobre Competitividad de la Industria Agroalimentaria, L 120/15, 7.5.2008.

<sup>26</sup> *Vid.*, información relativa al grupo de Alto Nivel en la web de la DG de Empresa e Industria: [http://ec.europa.eu/enterprise/food/high\\_level\\_group\\_2008/hlg\\_intro1.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/food/high_level_group_2008/hlg_intro1.htm)

<sup>27</sup> Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Food Prices in Europe, COM(2008) 821/4, 10.12.2008.

<sup>28</sup> Ídem, pp. 8-11, incluyendo el Cuadro 1.



beneficioso adoptar Códigos de Conducta, una expresión de la “responsabilidad social” de los distribuidores<sup>29</sup>.

La Comisión también ha incluido en su Programa de Trabajo para el año 2009 la elaboración de una Comunicación sobre la supervisión del mercado minorista:

“Esta comunicación expondrá las conclusiones del seguimiento de mercado anunciado en la Revisión del Mercado Único con respecto al mercado de distribución al por menor. El objetivo del ejercicio de supervisión es identificar las posibles disfunciones del mercado en el sector minorista, tanto desde el punto de vista de los consumidores como de los proveedores. Esto significa que los servicios minoristas serán analizados en calidad de servicios intermediarios clave en la economía moderna, actuando como canal conductor entre miles de proveedores de productos y los consumidores finales. La Comunicación examinará tanto el sector minorista como los mercados asociados en su fase anterior y posterior.”<sup>30</sup>

En respuesta a la Comunicación de la Comisión, el Parlamento europeo aprobó una el 26 de marzo de 2009 una “Resolución sobre los precios de los productos alimenticios en Europa”<sup>31</sup>. En sus Considerandos, la Resolución afirma que “que existen elementos de juicio en el conjunto de la Unión Europea que apuntan a que los grandes supermercados utilizan su poder de compra para forzar a la baja, hasta niveles insostenibles, los precios satisfechos a los proveedores, y para imponerles condiciones injustas; considerando que las grandes cadenas de distribución europeas están rápidamente convirtiéndose en “controladores” del acceso de agricultores y otros proveedores a los consumidores de la UE” (Considerando I), mientras que, “si bien es cierto que la financiación de la PAC ha contribuido a lo largo del tiempo a garantizar unos precios más bajos para los consumidores, se observa que los precios al consumo continúan siendo elevados o no disminuyen pese a la disminución de los precios en el sector agrícola” (Considerando K).

En el apartado dedicado a las “Imperfecciones en el mercado alimentario”, la Resolución “considera que la fijación de precios inferiores a los costes, una práctica que de por sí no es rentable para ninguna empresa, sólo puede ser utilizada por grandes empresas (diferenciadas) durante un breve período de tiempo y únicamente con el fin de excluir a competidores del mercado; considera que, a largo plazo, esta práctica no beneficia ni al consumidor ni al mercado en su conjunto” (párrafo 14) y “expresa asimismo su preocupación por otras situaciones en que la distribución utiliza su posición dominante, entre ellas, los excesivos plazos de pago, las tasas por inclusión en

<sup>29</sup> Ídem, Secciones 5.2 (Ensure a vigorous and coherent enforcement of competition and consumer protection rules in the food supply markets by the European Commission and National Competition and Consumer Authorities) y 5.3 (Review at national and/or EU level, as appropriate, regulations that have been identified as potentially problematic for the functioning of the food supply chain), pp. 11-12.

<sup>30</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones: Programa Legislativo y de Trabajo de la Comisión para 2009, Volumen II, Iniciativas Prioritarias, pp. 5-6, COM (2008) 712 final, 5.11.2008.

<sup>31</sup> Parlamento europeo, “Resolución sobre los precios de los productos alimenticios en Europa”, P6 TA-PROV(2009) 0191, 26 de marzo de 2009.



listas, las amenazas de retirada de listas, las tasas por asignación de espacio, los descuentos retroactivos en bienes ya vendidos, las contribuciones injustificadas a los gastos derivados de las medidas de promoción del minorista o la insistencia en el suministro en exclusiva” ( párrafo 15). Asimismo, “destaca que en algunos Estados miembros la concentración tiende a dominar tanto las ventas como las compras, con lo que se agudizan los efectos distorsionadores sobre el mercado” ( párrafo 16) y “manifiesta su profunda preocupación por el hecho de que, en el resumen las principales prácticas que crean problemas de competencia en la cadena de distribución de alimentos, la citada Comunicación de la Comisión sobre los precios de los productos alimenticios en Europa no incluya el abuso de posición dominante que se observa en el sector minorista y, en cierta medida, en el sector mayorista; considera que las prácticas anticompetitivas aplicadas por las empresas que tienen una gran cuota de mercado, como los acuerdos de exclusividad o la vinculación obligatoria de productos, constituye un grave retroceso en el proceso de establecimiento de una competencia sana en la cadena de distribución de alimentos” ( párrafo 29).

En la Resolución también se abordan otras cuestiones como la necesidad de (1) examinar “si los criterios que deben respetarse para establecer una posición dominante en un mercado siguen siendo adecuados, habida cuenta de la evolución del mercado minorista” ( párrafo 35), (2) adoptar medidas nacionales para reducir o a evitar acciones reglamentarias injustificadas en el sector detallista que limitarían la competencia y socavarían el buen funcionamiento de la cadena de distribución de alimentos en detrimento de los consumidores ( párrafo 39), (3) valorar que el bienestar de los consumidores requiere tener en cuenta los precios, pero también la calidad y variedad de los productos ofrecidos en el sector minorista ( párrafo 57), (4) promover el uso de Internet como canal de distribución ( párrafo 59), (5) no supravalorar la marca del fabricante como contrapeso negociador frente “a factores mucho más importantes como la insuficiente competencia y las prácticas monopolistas y oligopolistas” ( párrafo 64).

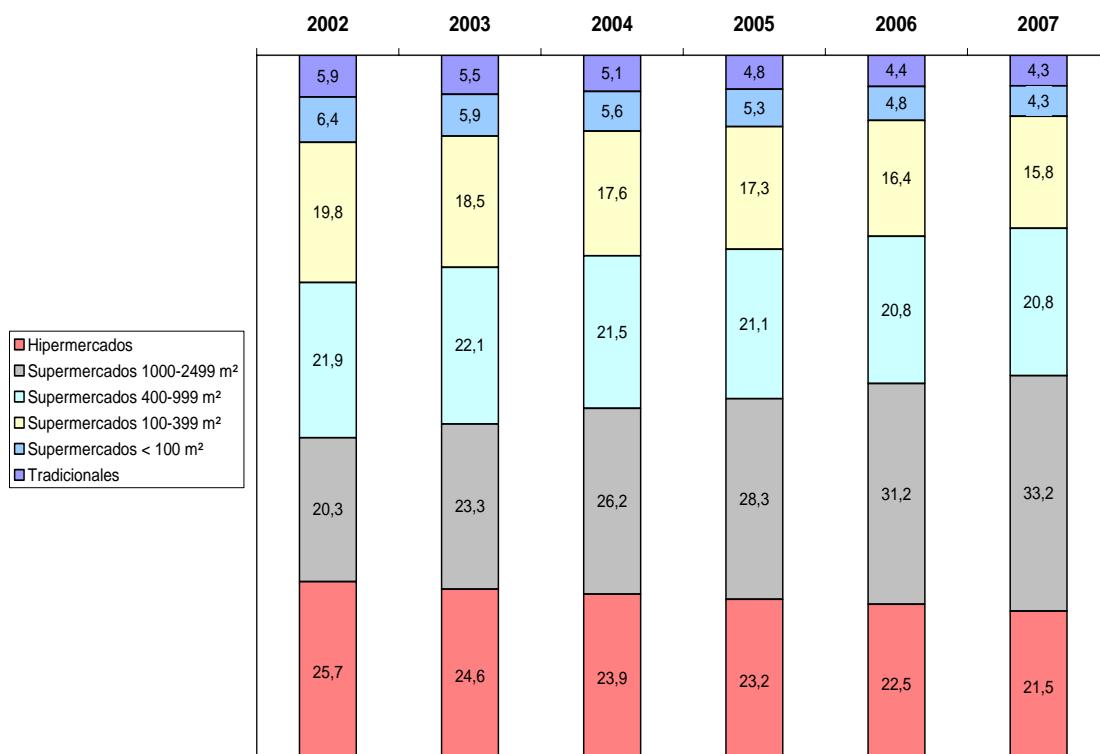
Este Estudio aborda todas las cuestiones suscitadas en la Resolución del Parlamento europeo en relación a la normativa que restringe la competencia y la adecuación del derecho de la competencia a la realidad de la distribución minorista moderna.



## 5 Ámbito del informe

El Estudio TDC 2003 señaló la necesidad de someter a especial vigilancia el mercado de la distribución minorista de bienes de consumo y el mercado de aprovisionamiento en vista de las barreras de entrada y las restricciones de competencia existentes<sup>32</sup>. Consecuentemente, este Estudio se centra en el funcionamiento del “canal de distribución moderna”. La creciente importancia de la compra en formato autoservicio frente a la tienda tradicional y, por extensión, del aprovisionamiento mediante centrales de compras (verticales u horizontales) frente a los tradicionales mercados centrales, ha generado un “canal moderno” de comercialización con características propias y diferenciadas del “canal tradicional”<sup>33</sup>. El canal moderno (centrales de compras y distribución minorista en autoservicio) prácticamente monopoliza la comercialización de alimentos envasados y bienes de consumo diario no alimentario, y tiene una presencia mayoritaria en el segmento de alimentos frescos. Según datos de la consultora Nielsen, la distribución en autoservicio representa el 95,7% de la distribución minorista de alimentos envasados y un 51% de la distribución minorista de alimentos frescos<sup>34</sup>.

El liderazgo progresivo de la distribución en autoservicio y, en particular, en las grandes superficies ( $>1.000\text{ m}^2$ ), puede observarse en el cuadro histórico de ventas estimadas del total productos de alimentación y bebidas controlados por Nielsen:



Fuente: Anuario Nielsen 2008

<sup>32</sup>

*Vid., supra nota 7.*

<sup>33</sup>

Estudio SDC 2004, p.5.

<sup>34</sup>

Nielsen, “Anuario de la Distribución”, 2008.



El crecimiento de la distribución en autoservicio viene motivado por los nuevos hábitos de compra de los consumidores, que tienden a concentrar y espaciar sus compras de alimentos. La concentración de la compra en un único acto se orienta a las grandes superficies comerciales, que disponen de un amplio surtido de alimentos y otros bienes de consumo diario y facilitan la compra mediante aparcamientos y otros servicios complementarios. Por otra parte, la distribución tradicional y la distribución en autoservicio de pequeña dimensión se reservan para las compras de conveniencia y, en particular, las compras de productos frescos en los que la especialización del comercio tradicional todavía goza de las preferencias de los consumidores.

El éxito de la distribución minorista en autoservicio ha venido acompañado de un crecimiento de las empresas y de la concentración del mercado. Si bien el tamaño puede facilitar una mayor eficiencia, la existencia de un número limitado de empresas (oligopolio) puede desencadenar, si se dan unas condiciones determinadas, comportamientos paralelos (oligopolio colusivo o anticompetitivo)<sup>35</sup> y facilitar en todo caso acuerdos anticompetitivos en perjuicio de los consumidores<sup>36</sup>. En España, tanto el mercado de aprovisionamiento destinado a la distribución minorista como el mercado de la distribución minorista en autoservicio presentan una alta concentración, que exige un análisis detallado (“especial vigilancia” en palabras del TDC) de las condiciones de competencia. Este análisis debe tener en cuenta la especificidad de la distribución minorista en grandes superficies, tanto desde una perspectiva de mercado relevante como de dinámica competitiva<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Este Estudio considera el “oligopolio” como un mercado en el que compite un número limitado de empresas y reserva el término “oligopolio colusivo” a los oligopolios (mercados concentrados) en los que las empresas desarrollan conductas paralelas (colusión tácita o implícita) que restringen la competencia sin que medien acuerdos anticompetitivos entre ellas (colusión expresa o explícita).

<sup>36</sup> *Vid.*, Resolución del TDC de 21 de junio de 2007, Expediente 612/06, *Aceites 2* (“Resolución Aceites 2”), Resuelve Primero, p.32: “Declarar que Grupo SOS CUETARA y las empresas CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A., CAPRABO S.A., ALCAMPO S.A., EROSMER IBERICA S.A., MERCADONA S.A., DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN S.A. (DIASA), GRUPO EL ARBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS S.A. y EL CORTE INGLES S.A. han incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, por haber realizado acuerdos para el establecimiento de un precio mínimo de venta al público de sus marcas Carbonell 0,4º y Koipesol. La Resolución Aceites 2 es objeto de análisis en la Sección 9.3.1 *infra*.

<sup>37</sup> *Vid.*, Decisión de la Comisión M99/674 *Rewe/Meinl*, (“Decisión Rewe/Meinl”), DOCE L 274, 23.10.99, párrafo 37: “La creciente importancia competitiva de las grandes superficies se debe sobre todo a los cambios en los hábitos de compra de los consumidores (compras semanales, compras para un mes) y a la creciente urbanización de la población. Otro factor es la creciente variedad del surtido de productos del comercio de alimentación al por menor, que hace necesario disponer de espacios adecuados de almacenamiento y presentación. Esto favorece *a priori* a las grandes superficies”; e Informe del TDC de 4 de mayo de 2000, Exp. C-52/00 *Carrefour/Promodès* (“Informe Carrefour/Promodès”), p. 41: “Además, conviene notar que la presencia en el segmento de hipermercados, el formato de tienda con mayor productividad, es uno de los elementos esenciales de competitividad, sea en el análisis de las relaciones distribuidores/consumidores o distribuidores/suministradores.”



## 6 Mercados relevantes

La definición del mercado relevante tiene como finalidad “determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia”<sup>38</sup>. El mercado relevante tiene dos componentes: el producto y su dimensión geográfica. La definición del mercado de producto en su ámbito geográfico relevante “debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva”<sup>39</sup>. En particular, la definición del mercado relevante sirve para “calcular las cuotas de mercado, que aportan una información significativa con respecto al poder de mercado para la apreciación de una posición dominante o para la aplicación del artículo 81 TCE”<sup>40</sup>.

Para la determinación del mercado relevante, deben tenerse en cuenta las tres principales fuentes de presión competitiva a las que se enfrenta una empresa: sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial. En particular, “la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios”.<sup>41</sup>

Para calcular la sustituibilidad de la demanda, el derecho de la competencia utiliza un Test econométrico “del hipotético monopolista” (en inglés, “Small but Significant Non transitory Increase in Price” o “SSNIP”):

“La cuestión que debe resolverse es la de si los clientes de las partes estarían dispuestos a pasar a productos sustitutivos fácilmente disponibles o a proveedores localizados en otro lugar en respuesta a un pequeño (5 % a 10 %) y permanente incremento hipotético de los precios relativos para los productos y zonas considerados. Si el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable debido a la reducción resultante de las ventas, se incluirán en el mercado de referencia otros productos sustitutivos y zonas hasta que el conjunto de productos y zonas geográficas sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos. En los casos de concentración del poder de compra se aplica un análisis equivalente, cuyo punto de partida es el proveedor, permitiendo el examen de los precios determinar los canales o puntos de distribución alternativos para sus productos.”<sup>42</sup>

Sin embargo, tal como ha reconocido el TDC, el Test SSNIP no es fácilmente aplicable al sector de la distribución minorista:

<sup>38</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (“Comunicación del mercado relevante”), DOCE C 372, 9.12.1997, párrafo 2.

<sup>39</sup> Ídem.

<sup>40</sup> Íd.

<sup>41</sup> Comunicación del mercado relevante, párrafo 13.

<sup>42</sup> Comunicación del mercado relevante, párrafo 17.



“Tal y como se afirma en estudios previos sobre la competencia en este mercado [London Economics, “Competition in Retailing”, Office of Fair Trading. September 1997] existen tres problemas importantes para aplicar el test US SSNIP a la definición de mercado relevante de producto: (1) se trata de un test básicamente para productos, no para servicios, (2) se centra en la competencia en precios, frente a otras formas de competencia empleadas en este sector y, (3) no tiene suficientemente en cuenta las estrategias y los comportamientos competitivos de las empresas. Para aplicar el test a este sector habría que definir el mercado en términos de suministro, tanto de servicios como de productos.”<sup>43</sup>

## 6.1 Mercados de producto

El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.”<sup>44</sup>

### 6.1.1 Distribución minorista de bienes de consumo diario en autoservicio

La práctica decisional de la Comisión en materia de control de concentraciones ha constatado que existe un mercado diferenciado de distribución al por menor de productos alimentarios y artículos de hogar de consumo corriente en régimen de autoservicio<sup>45</sup>. En relación al mercado de la distribución española, la Decisión de la Comisión de reenvío parcial a España de la concentración Carrefour/Promodès estableció lo siguiente:

“La Comisión ha tenido ya la ocasión de considerar, en asuntos precedentes, que existe un mercado distinto que corresponde a la distribución al por menor de productos alimentarios y artículos del hogar no alimentarios de consumo corriente, que satisfacen las necesidades corrientes de los hogares. Los productos alimentarios que forman parte del surtido de bienes de consumo corriente representan una parte importante de los productos ofrecidos y adquiridos. En España, este mercado se conoce generalmente bajo la denominación de distribución minorista en libre servicio. Consecuentemente, este mercado se opone al comercio de detalle en el que no predomina la venta de productos alimentarios y artículos para el hogar no alimentarios. No comprende, tampoco, al comercio especializado, sea de artículos alimentarios o no, que no ofrece un surtido de bienes de consumo corriente.”<sup>46</sup>

Estas conclusiones han sido seguidas por el TDC en todas sus decisiones en materia de control de concentraciones<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 30

<sup>44</sup> Comunicación del mercado relevante, párrafo 7.

<sup>45</sup> Decisión de la Comisión M97/277 Kesko/Tuko, (“Decisión Kesko/Tuko”), DOCE L110, 26.4.97, párrafos 19-20; y Decisión Rewe/Meinl, párrafos 12-16.

<sup>46</sup> Decisión de reenvío parcial a España M.1684 Carrefour/Promodès, (“Decisión de reenvío Carrefour/Promodès”), 25.01.2000, párrafo 9, pp. 3-4.

<sup>47</sup> El Informe SDC 2004, p. 13, describe la práctica del SDC y el TDC en este campo: “A la hora de delimitar el mercado relevante de distribución minorista [...], es necesario tener en cuenta que tanto el SDC como el TDC han venido considerando que el mercado de distribución minorista de productos de gran consumo diario en formato libre servicio, en el que estarían incluidas las diversas formas de venta minorista sin asistencia personalizada, constituye un mercado de productos distinto al de la venta de



En suma, la existencia de un mercado de producto que engloba la distribución de bienes de consumo diario en formato autoservicio es doctrina consolidada en el ámbito europeo y nacional.

### 6.1.2 Distribución minorista en grandes superficies

La existencia de un mercado de producto que engloba la distribución de bienes de consumo diario en formato autoservicio no excluye la existencia de submercados diferenciados por sus características específicas. Efectivamente, en sus decisiones en materia de control de concentraciones, la Comisión ha dejado abierta la posibilidad de que existan submercados dentro de la distribución minorista en autoservicio atendiendo a su tamaño (grandes supermercados e hipermercados) y su política de precios (“hard discount”)<sup>48</sup>.

En relación a las grandes superficies, la Comisión ha tenido en cuenta la competencia asimétrica existente entre ellas y el resto de establecimientos en libreservicio. Por ello, el análisis competitivo del formato comercial de grandes establecimientos ha desempeñado un importante papel en sus tres Decisiones más relevantes en este sector: Kesko/Tuko, Rewe/Meinl y Carrefour/Promodès.

En relación al mercado español de la distribución minorista, la Decisión de reenvío Carrefour/Promodès se inclinó por la existencia de un submercado de las grandes superficies que incluía a todos los hipermercados y los grandes supermercados<sup>49</sup>, si bien admitió la dificultad de establecer una separación precisa entre los supermercados incluidos en esta categoría y los excluidos<sup>50</sup>. Por ello, la Comisión dejó en manos de la autoridad nacional la decisión definitiva de integrar los grandes supermercados en el segmento de hipermercados<sup>51</sup>. Asimismo, la Comisión consideró que los

---

productos en formato tradicional (pequeñas superficies y atención personalizada) y del de la venta a través de establecimientos especializados, debido a la competencia asimétrica existente entre ellos”.

<sup>48</sup> Decisión de reenvío Carrefour/Promodes, párrafo 12 y Decisión Rewe/Meinl, párrafo 17.

<sup>49</sup> Decisión de reenvío Carrefour/Promodes, párrafo 13: “En términos de superficies, de localización, de surtidos y de gamas de productos, de número de referencias, de productos no alimentarios propuestos, de zonas de influencia, de servicios ofrecidos (parkings, carburantes, horas de apertura, etc.), de respuesta a los deseos de los consumidores, la distinción es particularmente clara entre las tiendas de proximidad y los hipermercados.”

<sup>50</sup> Decisión de reenvío Carrefour/Promodes, párrafo 16: “Ciertos supermercados tienden sin embargo a aproximarse a los hipermercados, mientras que otros supermercados presentan pocas diferencias con los comercios de proximidad. Solo una apreciación concreta del contexto geográfico, competitivo, así como los formatos de tiendas presentes, concernientes a cada zona local, puede permitir la conclusión que un supermercado debe distinguirse de los otros formatos de venta al por menor, o que contrariamente juega un papel similar y presenta características próximas a las de un hipermercado o a las de un comercio de proximidad.”

<sup>51</sup> Decisión de reenvío Carrefour/Promodès, párrafo 32: “Por supuesto, sólo un examen en profundidad conducirá a confirmar o a denegar la existencia de dominación. Tal examen se referirá a la delimitación precisa del perímetro de cada zona en cuestión, las infraestructuras comerciales existentes, la presencia de puntos de venta de la competencia, la posibilidad o no de incluir en el segmento de los hipermercados los supermercados similares, sobre la existencia de barreras a la entrada, sobre las consecuencias sobre la competencia efectiva en caso de posición preeminente. En el presente caso, y teniendo en cuenta las características del mercado pertinente, las autoridades nacionales procederán a tal examen y sacarán las consecuencias adecuadas.” (subrayado propio)



establecimientos de descuento presentaban características diferenciadas que podrían indicar la existencia de un mercado de producto diferenciado, si bien tampoco consideró necesario adoptar una postura definitiva al respecto<sup>52</sup>.

El Informe Carrefour/Promodès del TDC constató las diferentes características de los formatos comerciales en libreservicio y los diferentes tipos de demanda asociados a cada uno.

Desde el punto de vista de la oferta, el TDC realizó una descripción extensa de las especificidades de los hipermercados ( $>2.500\text{ m}^2$ ), supermercados (de 400 a  $2.500\text{ m}^2$ ) y autoservicios ( $<400\text{ m}^2$ ) en materia de (a) superficie; (b) surtido de productos; (c) diversidad de marcas y calidades; (d) horario de apertura; (e) proximidad/accesibilidad; (f) oferta de servicios complementarios; (g) precio; y (h) tarjeta de pago<sup>53</sup>.

Desde el punto de vista de la demanda, el TDC confirmó su comportamiento heterogéneo<sup>54</sup>. En particular, el consumidor laboralmente activo (o las familias en las que ambos miembros se encuentran en esa situación) realiza una “compra de aprovisionamiento” en “los establecimientos más aptos para este tipo; es decir, en hipermercados, en primer término, o en supermercados de amplia superficie”<sup>55</sup>. Por otra parte, el consumidor de mayor edad o las familias con un miembro laboralmente inactivo configuran “la demanda mayoritaria de lo que se denomina “compra diaria”, y en la que el formato de supermercado próximo o tienda tradicional es el más demandado ya que en esta ocasión se valorará fundamentalmente la variable “proximidad”<sup>56</sup>. El TDC hizo referencia a un informe aportado por la empresa fusionada (“Informe Danone 1996”) que diferenciaba nítidamente la compra de aprovisionamiento, realizada en

<sup>52</sup> Decisión de reenvío Carrefour/Promodès, párrafo 14: “Por otro lado, las tiendas de descuento presentan características específicas que las diferencian sustancialmente de otras formas de comercio, en especial en razón del nivel de precios particularmente atractivos, del acondicionamiento de los productos próximo al comercio mayorista, de la dimensión de la gama de productos y de la fuerte presencia de las marcas de distribuidores. La cuestión de saber si las tiendas de descuento deben de tomarse como un mercado separado en relación a la apreciación del presente proyecto de concentración desde el punto de vista de la competencia, puede quedar abierta. De manera general, el número de referencias propuesto en este tipo de tiendas es considerablemente más reducido que, por ejemplo, en los supermercados ordinarios en los que la superficie es sin embargo similar. Además, el servicio menos completo y la ausencia de numerosos artículos de marca indicarían que la relación entre los dos tipos de distribución es limitado. La cuestión puede quedar en suspenso, pues incluso tomando las tiendas de descuento de manera separada, la apreciación de la presente operación en el plano de la competencia no variaría.”

<sup>53</sup> Informe Carrefour/Promodès, pp. 31-34

<sup>54</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 36: “no es homogénea, dada la diversificación de las preferencias y rentas de los consumidores”.

<sup>55</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 37: “Lo más valorado para este tipo de demanda será la facilidad de acceso para poder realizar una compra amplia en la que se precisa el uso del coche, así como también el hecho de disponer de una amplia gama de productos y una importante diversidad de marcas entre las que poder elegir.” Diversos estudios empíricos han constatado que los hábitos de consumo modernos se orientan hacia una compra más espaciada en el tiempo y de un volumen mayor, que necesariamente, requiere un formato comercial de mayor superficie de ventas y servicios asociados como el aparcamiento. *Vid.*, en relación a los hábitos de consumo modernos, estudio “¿Cómo compramos? – la otra cara del consumidor”, Information resources Inc. (IRI), 2003 (un 38% de los hogares realiza una compra mensual).

<sup>56</sup> Ídem.



hipermercados, frente a la compra rutinaria o complementaria, realizada en supermercados, autoservicios o comercio tradicional. Este informe demostraba, asimismo, una competencia asimétrica entre los diferentes formatos: el cliente de hipermercado realiza en este establecimiento todas sus compras (aprovisionamiento, diaria y rutinaria) y sólo utiliza el supermercado o el comercio especializado para las compras de relleno. Sin embargo, los clientes de supermercado, autoservicio y discount utilizan el hipermercado para la compra de aprovisionamiento y el cliente de comercio tradicional utiliza tanto el hipermercado como el supermercado (presumiblemente gran supermercado si está implantado en el mercado local y el consumidor tiene movilidad suficiente)<sup>57</sup>:

---

**Cuadro nº 6****Comportamiento de compra según Tipo de Formato más utilizado para la Compra de Alimentación.**

HIPERMERCADO	Utiliza el Hipermercado para la compra rutinaria, para la compra del mismo día, para la compra de aprovisionamiento. Utiliza el Supermercado y el Tradicional para la compra de relleno
SUPERMERCADO	Utiliza el Supermercado para la compra rutinaria, y para la compra del mismo día. Comparte la compra de relleno con el Tradicional. Utiliza el Hipermercado para la compra de aprovisionamiento.
AUTOSERVICIO	Utiliza el Autoservicio para la compra rutinaria, la compra de relleno y la del mismo día. Utiliza el Hipermercado para la compra de aprovisionamiento.
TRADICIONAL	Utiliza el Tradicional para la compra rutinaria, la del mismo día y la de relleno. Utiliza el Hipermercado y el Supermercado para la compra de aprovisionamiento.
DISCOUNT	Utiliza el Discount para la compra rutinaria y la de relleno. Utiliza el Tradicional para la compra del mismo día. Utiliza el Hipermercado para la compra de aprovisionamiento. El cliente de este canal es el que, en media, visita más tienda

Fuente: Informe Carrefour/Promodès, p. 36, citando el Informe Danone 1996 aportado por el notificante.

El TDC realizó una tabla análoga en la que identificaba la compra de aprovisionamiento con el formato hipermercado y supermercado; la compra de relleno con el formato supermercado y autoservicio; y la compra rutinaria o del día con el supermercado, autoservicio y comercio tradicional:

---

**Cuadro nº 7****CARACTERÍSTICAS DE LA OFERTA Y LA DEMANDA**

OFERTA DEMANDA	Hipermercados	Supermercados	Autoservicio	Especialidades
Compra de aprovisionamiento	X	X		
Compra de relleno		X	X	
Compra rutinaria		X	X	X
Compra del día	X	X	X	X

Fuente: Informe Carrefour/Promodès, p. 39.

<sup>57</sup> En otro apartado de su Informe, el TDC reitera el carácter asimétrico de la competencia entre el canal tradicional y los formatos supermercado/hipermecado, p. 39: “Entiende el Tribunal que existe una competencia asimétrica entre el denominado comercio tradicional y el formato de supermercado e hipermercado, ya que la demanda de bienes y servicios que un consumidor realiza en un hipermercado no puede ser sustituida, al menos a costes iguales, por el conjunto de tiendas tradicionales. Por el contrario, la demanda unitaria de productos que se realiza en el comercio tradicional podría, ante un hipotético cierre de dicho comercio, ser suministrada por un supermercado, y más aún por un hipermercado”.



A pesar de que su análisis del mercado relevante y, como se explicará más adelante, el análisis competitivo de la concentración, parecía indicar la existencia de un mercado diferenciado para las grandes superficies (hipermercados y supermercados grandes), las Conclusiones del Informe Carrefour/Promodès son ambiguas. La Conclusión 3<sup>a</sup> habla de un mercado de la distribución minorista en autoservicios<sup>58</sup>, mientras que la Conclusión 4<sup>a</sup> afirma la existencia de un submercado de hipermercados dentro del mercado de la distribución minorista en autoservicio (competencia asimétrica)<sup>59</sup>.

En todo caso, el análisis competitivo de la concentración realizado por el TDC admitió implícitamente la existencia de un mercado diferenciado para los hipermercados<sup>60</sup>. El TDC delimitó tres tipos de zonas a los efectos del análisis competitivo:

- Zonas 1: zonas con concentración elevada pero sin solapamiento y zonas sin concentración elevada;
- Zonas 2: zonas con solapamiento y concentración elevada pero con presencia de competidores importantes; y
- Zonas 3: zonas “en las que por sus características estructurales se considera que la operación de concentración podría obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado”<sup>61</sup>.

En relación a las Zonas 1, el TDC diferenció expresamente entre el mercado de la distribución en libre servicio y el submercado de los hipermercados.

---

<sup>58</sup> Informe Carrefour/Promodès, Conclusión Tercera, p. 66: “En resumen, el Tribunal ha concluido que el mercado relevante de producto es el de “bienes y servicios de consumo cotidiano ofertados en los establecimientos de libre servicio”.

<sup>59</sup> Informe Carrefour/Promodès, Conclusión Séptima, p. 67: “El grupo resultante no sólo presenta unas altas cuotas de mercado, sino que éstas se alcanzan operando en gran número de formatos de libreservicio: hipermercado, supermercado, tiendas descuento y tiendas de proximidad. En el escenario de definición del mercado relevante de producto como el de conjunto de bienes y servicios ofertados conjuntamente por establecimientos de libreservicio se está definiendo que la competencia se produce entre hipermercados y entre hipermercados y supermercados.” (subrayado propio)

<sup>60</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 44: “El análisis para la localización de los mercados locales que podrían verse afectados por la operación ha seguido, por parte del Tribunal, un doble criterio: la localización de los hipermercados de los dos grupos empresariales que se concentran y la localización de las zonas geográficas en las que se produce concentración de alguna de las enseñas de cada grupo.”

<sup>61</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 43, recogido en Anexo 12.1 “Informe Carrefour/Promodès, Zonas 3”. *Vid.*, asimismo, una descripción del análisis competitivo de los mercados locales en la Sección 8.1, *supra*.



Cuadro nº 8.

## MERCADOS LOCALES CLASIFICADAS EN EL GRUPO I

Zona	Enseñas Presentes	Cuota Mercado Hipermercado (m <sup>2</sup> )	Cuota Mercado Libre servicio (m <sup>2</sup> )	Cuota Mdo del principal competidor Hipermercado
HUELVA	CONTINENTE, DIA	49,2%	15,4%	51,8% Hipercor
CIUDAD REAL	CONTINENTE (2),DIA, SIMAGO	39,2%	12,8%	29% Eroski
LEÓN	CONTINENTE (2), DIA	65,4%	25,7%	34,6% Leclerc
LUGO	PRYCA, DIA	100%	25,3%	--
ORENSE	CONTINENTE (SIMAGO)(CONTINENTE)	100%	25,8%	--
PONTEVEDRA	CONTINENTE, CHAMPION	100%	20,5%	--

Fuente: Informe Carrefour/Promodès, p. 44.

Si bien el TDC no diferenció en los cuadros de las Zonas 2 y 3 el submercado de los hipermercados, su análisis competitivo de la Zona 3 se centró exclusivamente en el “segmento” de hipermercados. De esta forma, aun a pesar de que en diversas zonas la cuota de la empresa fusionada no hubiera sido suficientemente elevada para generar una presunción de posición dominante, el TDC consideró que la concentración generaría o reforzaría una posición de dominio en el submercado de hipermercados, y prácticamente todos los remedios sugeridos estuvieron encaminados a reducir el poder de mercado de la nueva empresa en este segmento: la venta de 17 hipermercados, la no apertura de otros 3 hipermercados en proyecto y, como caso excepcional, la venta de una cadena regional en Cataluña (Maxim)<sup>62</sup>.

En su Informe Eroski/Caprabo, el Consejo de la CNC ha reiterado la línea argumental del TDC en relación al mercado de la distribución minorista. Si bien formalmente define un mercado de la distribución minorista en autoservicio que comprende todos los formatos comerciales<sup>63</sup>, afirma el carácter asimétrico de la competencia entre formatos comerciales<sup>64</sup> y, cuando resulta necesario, realiza un análisis competitivo separado del segmento (submercado) de los hipermercados<sup>65</sup>.

En suma, es incuestionable que existe una demanda de compra de aprovisionamiento en un entorno de gran superficie que no puede ser satisfecha por supermercados de pequeño tamaño y las tiendas tradicionales, lo que hace necesario delimitar un submercado de grandes superficies dentro del mercado más amplio de la distribución minorista de bienes de consumo (competencia asimétrica entre formatos comerciales).

<sup>62</sup> Informe Carrefour/Promodès, Conclusión 9<sup>a</sup>. La empresa fusionada disfrutaba de una cuota muy elevada en Cataluña pero el solapamiento en una mayoría de los mercados locales de esta Comunidad estaba limitado a los establecimientos regionales de la enseña Día. Sin embargo, el TDC recomendó la desinversión de la cadena de hipermercados y supermercados Maxim, junto a otros 6 hipermercados.

<sup>63</sup> Informe de la CNC de 25 de septiembre de 2007, Exp. C-107/07, *Eroski/Caprabo* (“Informe Eroski/Caprabo”), p. 20.

<sup>64</sup> Informe Eroski/Caprabo, p. 20, nota 19; y p. 28, nota 31.

<sup>65</sup> *Vid.*, por ejemplo, análisis competitivo de la distribución minorista en la Isla de Mallorca en Informe Eroski/Caprabo, pp. 39-45 y, en particular, Cuadro 13 – Grandes Superficies Comerciales en la Isla de Mallorca, p. 40.



Los grandes distribuidores españoles han admitido la existencia de un mercado de las grandes superficies. En la concentración Carrefour/Promodès, las empresas Alcampo, El Corte Inglés y, especialmente, Eroski defendieron la existencia de este submercado.

#### Eroski

“Este competidor entiende que el mercado relevante debe referirse a Hipermercados, tal y como lo delimitó el Consejo de la Concurrencia de Francia en un informe de 1996, en el que se afirmaba que el mercado de la venta al por menor en hipermercados era distinto del de la venta en supermercados.

Además, considera que las empresas concentradas ostentan una posición de monopolio absoluto en 5 ciudades españolas y elevadas cuotas de mercado en numerosas ciudades (documento de 12 de noviembre). Esta situación se agrava al tener en cuenta los proyectos en proceso de construcción o los ya aprobados (12 más en total).”<sup>66</sup>

#### Alcampo

“Para dicho competidor ‘el proyecto de concentración CARREFOUR/Promodès obstaculiza el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado en España’. Del análisis provincial realizado, concluyen que, en primer lugar en 12 provincias la participación en salas de ventas supera el 30% sobre el total de la distribución minorista que incluye hipermercado, supermercado y tiendas de proximidad; y en 21 provincias la participación se sitúa entre el 20% y el 30%. También se detallan 18 aglomeraciones, definidas como poblaciones próximas a hipermercados CARREFOUR, en las que se estima que hay dominio o concentración del Grupo CARREFOUR.”<sup>67</sup>

#### El Corte Inglés

“Este grupo comparte la definición propuesta por la Comisión europea: ‘comercio al por menor de bienes de consumo corriente en autoservicio’. El argumento que se aporta dice como sigue:

‘Sí estamos conformes con esa definición ya que, por tipo de artículo podría existir un intercambio entre las distintas fórmulas de comercialización. Ahora bien, la repercusión de las normativas que afectan a cada una de las modalidades, dependiendo de su superficie, así como la diferencia en la comercialización y presentación de la oferta alimentaria, hace que haya que tenerse en cuenta especialmente los efectos dentro de la gran distribución alimentaria, por su especial repercusión’.”<sup>68</sup>

Por otra parte, la existencia de un mercado de distribución de bienes de consumo diario en grandes superficies ha sido confirmada por otras autoridades de la competencia como

<sup>66</sup> Informe Carrefour/Promodès, epígrafe 1.6.7., p. 12.

<sup>67</sup> Informe Carrefour/Promodès, epígrafe 1.6.5., p. 10.

<sup>68</sup> Informe Carrefour/Promodès, epígrafe 1.6.13.



la FTC de Estados Unidos<sup>69</sup>, la Competition Commission del Reino Unido, el Conseil de la Concurrence de Francia<sup>70</sup> o la Autoritá Garante de la Concorrenza e del Mercato (“AGCM”) de Italia<sup>71</sup>.

En particular, el Estudio Competition Commission 2008 ha vuelto a reafirmar la práctica decisional en materia de control de concentraciones: las grandes superficies de más de 1.400 m<sup>2</sup> forman un mercado diferenciado dentro del mercado de la distribución minorista (competencia asimétrica) en función de estas particularidades: el número de líneas de producto (epígrafes 4.22 al 4.24); despachos de alimentos y otros servicios dentro de la tienda (epígrafes 4.25 al 4.32); la estrategia de las empresas en relación a los consumidores y la presencia de las grandes cadenas en diferentes formatos comerciales (epígrafes 4.33 al 4.37); datos estadísticos de hábitos de consumo en relación a los diferentes formatos comerciales (4.38 to 4.42); un modelo econométrico de demanda para los diferentes formatos comerciales (epígrafes 4.43 al 4.48); y datos económicos del impacto de los nuevos establecimientos en los ingresos de los diferentes formatos comerciales existentes (4.49 al 4.52)<sup>72</sup>.

En relación a las estrategias competitivas de las empresas líderes<sup>73</sup>, la Competition Commission constató que Asda y Morrisons dirigían su oferta a los consumidores con una demanda de aprovisionamiento generalmente de carácter semanal. Por otra parte, CGL y Sommersfield se centraban en los consumidores con una compra complementaria, diaria o de conveniencia en un entorno de proximidad. Finalmente, Sainsbury's y Tesco abarcaban todos los consumidores. Los primeros tenían establecimientos grandes siendo el límite mínimo de 1.400 m<sup>2</sup>, mientras que los segundos no sobrepasaban ese límite. Tesco y Sainsbury's operaban en todos los tamaños, lo que era consistente con su deseo de llegar a todos los consumidores. Todo

<sup>69</sup> FTC Consent Order, *Koninklijke Ahold N.V. and Bruno's Supermarkets, Inc.*, File No. 011 0247, Docket No. C-4027, Analysis of the Draft Complaint and Proposed Decision Order to Aid Public Comment, 7 de diciembre de 2001, pp. 2-3: “The draft complaint alleges that the relevant line of commerce (i.e., the product market) is the retail sale of food and grocery items in supermarkets. Supermarkets provide a distinct set of products and services for consumers who desire one-stop shopping for food and grocery products. Supermarkets carry a full line and wide selection of both food and nonfood products (typically more than 10,000 different stock-keeping units ("SKUs")), as well as an extensive inventory of those SKUs in a variety of brand names and sizes. In order to accommodate the large number of nonfood products necessary for one-stop shopping, supermarkets are large stores that typically have at least 10,000 square feet of selling space.” En suma, los “supermercados” de Estados Unidos son equivalentes a los hipermercados europeos de 2.500-3.000 m<sup>2</sup>.

<sup>70</sup> Conseil de la Concurrence, Avis n° 00-A-06 du 3 mai 2000, *relatif à l'acquisition par la société Carrefour de la société Promodès*. El Conseil de la Concurrence define un submercado que comprende los hipermercados de más de 2.500 m<sup>2</sup>, si bien considera que puede existir una relación de competencia con grandes supermercados de tamaño parecido.

<sup>71</sup> AGCM, *Schemaventuno-Promodes/Gruppo GS*, Bollettino n. 25/1998. La AGCM define un submercado de las grandes superficies de más de 1.500 m<sup>2</sup>.

<sup>72</sup> Estudio Competition Commission 2008, pp. 50-51.

<sup>73</sup> Las empresas líderes de la distribución minorista británica son actualmente Tesco, Asda, Sainsbury's, Morrisons, CGL y Sommersfield.



ello, llevaba a la conclusión de que los consumidores identificaban el tamaño del establecimiento con un tipo de servicio diferenciado.<sup>74</sup>

En relación a los hábitos de consumo, la Competition Commission consideró que existe una proporción sustancial de consumidores que realizan una compra principal de carácter semanal que requiere un establecimiento con un tamaño y servicios asociados determinados.<sup>75</sup> Asimismo, estos consumidores representan aproximadamente el 75% de los ingresos de estos establecimientos y no desviarían su compra a establecimientos de menor tamaño aun en el caso de que aumentaran ligeramente sus precios<sup>76</sup>. Asimismo, los consumidores que habían desviado su consumo a otro establecimiento a consecuencia de un empeoramiento de la oferta de su establecimiento habitual lo habían hecho a otro establecimiento del mismo tamaño, en particular en relación a su compra semanal<sup>77</sup>.

Por otra parte, el análisis del efecto de los nuevos establecimientos sobre los ingresos de los grandes establecimientos existentes también demuestra que la entrada de un gran establecimiento tiene un efecto mucho mayor sobre los ingresos de los grandes establecimientos existentes que la entrada de un establecimiento de mediaño tamaño<sup>78</sup>.

En suma, todos los parámetros de análisis utilizados por la Competition Commission demostraban que a los ojos de los consumidores los grandes establecimientos de más de 1.000-2.000 m<sup>2</sup> sólo son sustituibles por otros establecimientos de similar tamaño<sup>79</sup>, es decir, un incremento pequeño pero significativo de sus precios desviará a una mayoría

---

<sup>74</sup> Estudio Competition Commission 2008, pp. 56-57, epígrafes 4.35-4.37. En particular, epígrafe 4.37: “(...) Again, this is consistent with a view that different customers may associate stores of different sizes with a different retail offer”.

<sup>75</sup> Estudio Competition Commission 2008, p. 58, epígrafe 4.41: “Figure 4.8 shows the distribution of household shopping trips by store size where shopping trips are defined in terms of large weekly shopping trips (more than 60 per cent of household weekly grocery expenditure) and other shopping trips. This shows that, for large weekly shopping trips, a high proportion occur in stores larger than 1,400 sq metres.”

<sup>76</sup> Estudio Competition Commission 2008, p. 59, epígrafe 4.42: “Customers doing large weekly shopping trips at stores larger than 1,400 sq metres are likely to be less willing to switch to smaller stores following a small price increase. For stores larger than 1,400 sq metres, customers on these shopping trips are the most important type of customer, accounting for around three-quarters of revenue.”

<sup>77</sup> Estudio Competition Commission 2008, p. 60, epígrafe 4.47: “The results show that the vast majority (ie more than 90 per cent) of those customers that switch to another store following a worsening of the offer at their current store switch to another store in the same size bracket if one is available (see Table 4.3)”.

<sup>78</sup> Estudio Competition Commission 2008, p. 61, epígrafe 4.51.

<sup>79</sup> Estudio Competition Commission 2008, epígrafe 4.55: “Some consumers prefer larger grocery stores (ie stores larger than 1,000 to 2,000 sq metres) because of the greater product range, for both grocery and non-grocery products, as well as the associated amenities available at these stores, such as car parking, various food counters and other services. Shopping statistics show that consumers have a significant preference for conducting their large weekly shopping trips at larger stores although they seem relatively indifferent to store size when conducting other shopping trips. The pattern of store size provision by grocery retailers, and its relationship to the stated strategy of each retailer in terms of attracting consumers, is consistent with consumers having preferences for different store sizes for different shopping trips.”



de los consumidores marginales hacia otros establecimientos de más de 1.000-2.000 m<sup>2</sup>

<sup>80</sup>. Por todo lo anterior y, en particular, teniendo en cuenta las conclusiones preliminares de la Decisión de reenvío Carrefour/Promodès, el análisis competitivo de los mercados de grandes superficies llevado a cabo por el TDC en el control de concentraciones y la práctica de otras autoridades de competencia nacionales, debe concluirse que en España existe un submercado de distribución de bienes de consumo diario en grandes superficies.

Si bien esta conclusión parece incuestionable, la delimitación del límite inferior del mercado de grandes superficies plantea dificultades, tal como reconoció la Comisión en su Decisión de reenvío Carrefour/Promodès. Lógicamente, los hipermercados forman parte de este submercado pero en la actualidad parece existir una relación competitiva entre los hipermercados y los grandes supermercados. Efectivamente, en España en los últimos años se ha ralentizado el ritmo de implantación de hipermercados mientras que ha aumentado la implantación de grandes supermercados de más de 1.000 m<sup>2</sup>. En línea con esta evolución, la consultora Alimarket desde 2003 considera que los hipermercados y grandes supermercados (1.000 a 2.499 m<sup>2</sup>) constituyen una categoría de grandes superficies.

	Enero 2003	Enero 2004	Enero 2005	Enero 2006	Enero 2007	Enero 2008
Tradicionales .....	31.617	29.532	28.198	27.423	26.746	26.144
Supermercados < 100 m <sup>2</sup> .....	11.576	10.973	10.586	10.305	10.095	9.925
Supermercados 100-399 m <sup>2</sup> .....	7.811	7.502	7.367	7.591	7.821	7.903
Supermercados 400-900 m <sup>2</sup> .....	4.027	4.147	4.261	4.397	4.465	4.574
Supermercados 1000-2499 m <sup>2</sup> ...	1.539	1.742	1.913	2.096	2.298	2.537
Hipermercados .....	343	359	365	379	387	399
<b>TOTAL</b>	<b>56.913</b>	<b>54.255</b>	<b>52.690</b>	<b>52.191</b>	<b>51.812</b>	<b>51.482</b>

Fuente: Anuario Nielsen, 2008

Este fenómeno de sustitución de hipermercados por grandes supermercados (1.000 a 2.500 m<sup>2</sup>) obedece en gran parte a las barreras legales a la implantación de hipermercados de 2.500 m<sup>2</sup> o más<sup>81</sup>. Sin embargo, también puede encontrar justificación

<sup>80</sup> Estudio Competition Commission 2008, p. 62, epígrafe 4.56: “The results from the consumer demand model and the impact of entry on store revenues clearly show that other larger stores are the closest substitute to larger stores. Following a small but significant price increase at a larger store, the vast majority of marginal consumers will switch to another larger store.”

<sup>81</sup> Informe del TDC de 19 de diciembre de 2003, Exp. C-83/03, *Caprabo/Alcosto* (“Informe Caprabo/Alcosto”), p. 61: “En segundo lugar, las Administraciones regionales han alterado con su normativa la morfología de los establecimientos comerciales, discriminando en un primer momento al hipermercado frente a las superficies medianas y empezando a detectarse una nueva discriminación de las superficies medianas y tiendas de descuento frente a las pequeñas [nota a pie: El formato hipermercado aumentó sistemáticamente su participación hasta 1996, año a partir del cual ha reducido su cuota, medida en superficie, en más de seis puntos porcentuales, situándose en enero del 2003 en el 26,9%. El formato supermercado, considerado en todas sus categorías, ha mantenido una tendencia creciente llegando a tener una cuota del 60,8% en enero del 2003. Cabe destacar en este sentido que en los últimos ejercicios los supermercados medianos y grandes son los que han experimentado un mayor desarrollo], provocando



en la búsqueda por parte de las empresas de la superficie de ventas óptima para la compra de aprovisionamiento. Por ejemplo, Alimarket considera que los hipermercados con una superficie de ventas de 2.500 a 5.000 m<sup>2</sup> dedican sólo un 60% de dicha superficie (1.500 a 3.000 m<sup>2</sup>) a la venta de productos de gran consumo; mientras que los grandes supermercados de 2.000 a 2.500 m<sup>2</sup> dedican a los productos de gran consumo un 80% de su superficie (1.600 a 2.000 m<sup>2</sup>)<sup>82</sup>. En todo caso, las empresas de la gran distribución parecen haber adaptado su oferta comercial a esta nueva dinámica legal y de consumo. Por ejemplo, los formatos comerciales de Eroski comprenden el hipermercado (4.500 a 12.000 m<sup>2</sup>)<sup>83</sup>; el supermercado grande (700 a 2.000 m<sup>2</sup>)<sup>84</sup>; y el supermercado pequeño o de proximidad (aproximadamente 450 m<sup>2</sup>)<sup>85</sup>. En suma, el análisis del posicionamiento competitivo de los diferentes formatos comerciales de Eroski indica que algunos Eroski Center tienen un posicionamiento competitivo equivalente al de los Hipermercados Eroski.

Por todo ello, en principio puede concluirse de manera conservadora que los hipermercados y supermercados de 1.000 m<sup>2</sup> constituyen el mercado relevante de las grandes superficies, si bien en mercados locales específicos algunos supermercados de dimensión superior podrían no estar en una relación de competencia directa con los hipermercados (por ejemplo, si excepcionalmente un supermercado de más de 1.000 m<sup>2</sup> no dispone de un parking acondicionado para facilitar la compra de aprovisionamiento).

El límite inferior de 1.000 m<sup>2</sup> en la definición del submercado de grandes superficies comerciales coincide con la valoración de la Comisión en sus Decisiones Kesko/Tuko<sup>86</sup> y Rewe/Meinl<sup>87</sup>, y con la clasificación de la Competition Commission a los efectos de la

---

que las empresas estén adaptando sus estructuras más por razones legislativas que por la búsqueda de una mayor eficiencia y mejor servicio al consumidor.”

<sup>82</sup> Informe Eroski/Caprabo, p. 29, nota 33.

<sup>83</sup> Web de Eroski, “Hipermercados EROSKI: Todo lo que el cliente necesita. Establecimientos que ocupan entre 4.500 y 12.000 metros cuadrados y ofrecen más de 50.000 productos. Ubicados en centros comerciales y en grandes ciudades o cabeceras de comarca, destacan por su oferta en calidad, variedad y precio en productos frescos. Otro de sus puntos fuertes es su gama de artículos de bazar, textil y electrodomésticos.”

<http://www.eroski.es/es/establecimientos/localizador/eroski>

<sup>84</sup> Web de Eroski, “EROSKI/Center: cercanos y de amplio surtido. Con salas de venta de entre 700 y 2.000 metros cuadrados, ofrecen una amplia gama de productos. Destaca su gran surtido en las secciones de frescos y su inmejorable oferta de precios en la gama de alimentación, especialmente en los productos básicos. Disponen de parking gratuito.”

<http://www.eroski.es/es/establecimientos/localizador/eroski-center>

<sup>85</sup> Web de Eroski, “EROSKI/City: la compra más rápida y cómoda. Ubicadas en zonas urbanas, son tiendas con cerca de 450 metros cuadrados orientadas a una compra diaria rápida y cómoda. Sus puntos fuertes son una oferta de productos frescos muy amplia y unos precios competitivos en artículos básicos, acompañados de un servicio al cliente muy cercano y atento.”

<http://www.eroski.es/es/establecimientos/localizador/eroski-city>

<sup>86</sup> Decisión Kesko/Tuko, párrafo 12: “For the reasons mentioned above, and as the Finnish population is rather small and dispersed, it is not unreasonable to assess the advantages resulting from having a strong position as regards large retail outlets on the basis of selling areas of 1.000 m<sup>2</sup>.”

<sup>87</sup> Decisión Rewe/Meinl, párrafos 10: “En el comercio de alimentación al por menor existen diversas formas de distribución, que se diferencian, entre otros factores, por la amplitud y profundidad del surtido de productos y por la extensión de las superficies de venta (por ejemplo, supermercados con 5.000 a 10.000 artículos, con sección de productos frescos y una superficie de venta de 400 a 1.000 m<sup>2</sup>, o



aplicación de un Test de Competencia en relación a las aperturas o expansiones de grandes superficies comerciales<sup>88</sup>.

Por otra parte, debe analizarse si los establecimientos con servicios limitados enfocados al precio (“hard discount”) son una alternativa competitiva al mercado de las grandes superficies. Hasta la fecha, el TDC ha considerado que las tiendas de descuento son equivalentes a los supermercados o autoservicios y pertenecen al mercado de la distribución minorista en autoservicio.<sup>89</sup> Sin embargo, la competencia asimétrica entre las grandes superficies y el resto de formatos comerciales también parece extenderse a los establecimientos de descuento. Los clientes de los establecimientos de descuento pueden considerarlos intercambiables con las grandes superficies, pero parece cuestionable que los clientes de las grandes superficies consideren a los establecimientos de descuento una alternativa válida si aquéllas incrementasen un 5-10% sus precios. En suma, las características de ambos formatos comerciales implican que los establecimientos de descuento son una alternativa incompleta a los servicios y productos ofrecidos por las grandes superficies<sup>90</sup>.

Por ello, parece conveniente excluir a los establecimientos hard discount de 1.000 m<sup>2</sup> o más del mercado de la distribución de bienes de consumo en grandes superficies comerciales.

### 6.1.3 Aprovisionamiento de bienes de consumo diario

En el marco del control de concentraciones de dimensión comunitaria, la Comisión ha delimitado el mercado de aprovisionamiento de bienes de consumo diario por categorías de productos.

---

hipermercados con una superficie de venta de al menos 1.000 m<sup>2</sup>)” y párrafo 37: “En comparación con sus competidores, Rewe/Billa y Meinl poseen una red especialmente bien desarrollada de grandes comercios muy productivos. Mientras que el número de comercios en este sector se ha reducido a la mitad en los últimos 30 años, el de supermercados (400-999 m<sup>2</sup>), y sobre todo de hipermercados (>1.000 m<sup>2</sup>), ha aumentado considerablemente (de 706 establecimientos en 1980 a 1.907 establecimientos en 1995)”.

<sup>88</sup> *Vid., infra* Sección 10.1.2.

<sup>89</sup> Informe del TDC de 2 de noviembre de 2006, Exp. C-100/06, *Carrefour/Dinosol* (“Informe Carrefour/Dinosol”), p. 20: “Asimismo, se incluyen dentro del ámbito del mercado de producto las tiendas de descuento (que podrían asimilarse a efectos de la anterior clasificación tanto a los supermercados como a los autoservicios), caracterizadas por tener unos precios muy reducidos frente a los correspondientes a los demás tipos de distribución, a cambio de presentar un surtido reducido de productos, escasa variedad de marcas en oferta y una cantidad considerable de productos comercializados bajo la marca propia del distribuidor o marcas blancas”.

<sup>90</sup> *Vid.*, por analogía, la práctica decisional de la Comisión y del TDC, que diferencia un mercado cash & carry del resto de la distribución mayorista: Decisión Kesko/Tuko, párrafos 24-31 e Informe del TDC de 20 de abril de 2006, Exp. C-95/06, *Miquel Alimentació/Puntocash* (“Informe Miquel Alimentació/Puntocash”), p. 28: “En definitiva, atendiendo a los productos y servicios que los consumidores típicos pueden considerar como sustitutivos debido a las características intrínsecas de éstos, sus precios y sus usos habituales, se puede indicar que el mercado de la distribución mayorista de bienes de consumo diario en formato cash & carry constituye un mercado de producto de referencia distingurable de otras modalidades de venta mayorista, tanto por las diferentes características de estos servicios, como por las especificidades de la clientela que accede a ellos.”



En la Decisión Rewe/Meinl, la Comisión identificó diecinueve categorías de producto:

1. Carnicería y charcutería
2. Carne y huevos de aves de corral
3. Panadería y pastelería (pasteles frescos y confitería, excepto congelados)
4. Productos lácteos (leche, mantequilla, yogur, requesón, postres frescos a base de leche, todos los tipos de queso)
5. Fruta fresca y verduras
6. Cerveza
7. Vino y bebidas alcohólicas
8. Refrescos (incluida el agua mineral)
9. Bebidas calientes (café y té)
10. Dulces
11. Alimentos básicos (incluida la harina, el azúcar, la pasta, el arroz y las especias)
12. Conservas (productos alimenticios no perecederos en latas u otros envases, excepto congelados)
13. Alimentos congelados (incluidos helados)
14. Alimentos para bebés
15. Alimentos para animales
16. Productos de aseo (cremas, lociones, etc., de carácter preventivo) y cosméticos (productos de maquillaje y perfumes)
17. Detergentes y productos de limpieza
18. Otros productos de droguería (por ejemplo, medicamentos sin receta, alimentos naturales, productos de aseo personal)
19. Otros productos no alimenticios vendidos normalmente en los supermercados (por ejemplo, ropa, periódicos y revistas, artículos de ocio y entretenimiento).<sup>91</sup>

Por otra parte, la Comisión también consideró necesario diferenciar el mercado de aprovisionamiento según el canal de ventas, delimitando de esta forma un mercado de aprovisionamiento al comercio de alimentación al por menor:

“Por consiguiente, la Comisión parte del presupuesto de que el mercado de suministro debe subdividirse en el plano material según las citadas categorías de productos. Esto no excluye que algunos de estos mercados tengan estructuras comparables y puedan agruparse a efectos de análisis. Por otra parte, por los motivos anteriormente expuestos, existen sólidos argumentos a favor de subdividir el mercado de suministro según canales de ventas, de modo que el suministro al comercio de alimentación al por menor podría constituir un mercado en sí mismo.”<sup>92</sup>

La Comisión tuvo en cuenta que el comercio de alimentación al por menor representaba aproximadamente el 50% de las ventas para una mayoría de productos y si bien existían otros canales de ventas (comercio especializado, almacenes cash & carry, otros mayoristas, tiendas de alimentación especializada, droguerías o la exportación), no eran

<sup>91</sup> Decisión Rewe/Meinl, párrafo 77.

<sup>92</sup> Decisión Rewe/Meinl, párrafo 81. No obstante, la Comisión no consideró necesario pronunciarse definitivamente sobre la cuestión.



fácilmente sustituibles en razón de los diferentes tamaños de envase, presentación y empaquetado requeridos, las diversas estrategias de venta, la necesidad de conocimientos y contactos distintos en los diferentes canales de distribución, y las diferencias de logística<sup>93</sup>. Asimismo, las investigaciones de la Comisión determinaron que “en la mayoría de las categorías de producto resulta imposible sustituir a corto plazo y sin problemas un cliente perdido en el comercio de alimentación al por menor mediante la venta en otros canales” y, en todo caso, “requiere efectuar inversiones considerables, así como readaptar las estructuras de producción, distribución y costes de la empresa”<sup>94</sup>.

En la Decisión Carrefour/Promodès, la Comisión delimitó veintitrés categorías de productos<sup>95</sup>:

#### Productos de Consumo Diario

1. Bebidas
2. Drogería
3. Perfumería/higiene personal
4. Alimentación Seca
5. Parafarmacia
6. Productos perecederos en libre servicio

#### Productos Frescos

7. Charcutería
8. Pescadería
9. Frutas y legumbres
10. pan y repostería fresca
11. Carnicería

#### Bazar

12. Bricolage
13. Hogar
14. Cultura
15. Juguetes y entretenimiento
16. Jardinería

<sup>93</sup> Decisión Rewe/Meinl, párrafos 79-80 y 96.

<sup>94</sup> Decisión Rewe/Meinl, párrafos 79-80 y, en particular, párrafo 97: “Por estos motivos, y habida cuenta de la gran proporción que representa en el mercado austriaco el comercio de alimentación al por menor sobre las ventas de los grupos de productos señalados, cabe deducir que, por lo general, al productor le resulta difícil subsanar la pérdida de un cliente del comercio de alimentación al por menor. Los productores consultados indicaron que en este canal de ventas sólo la sustitución de clientes pequeños (con menos de un 5% de cuota de mercado como promedio) no plantea problemas. Incluso los clientes cuya cuota de mercado oscila entre el 5% y el 10% son difíciles de sustituir, según estos datos. Normalmente, el cambio hacia otros canales de ventas suele fracasar por las dificultades señaladas. A ello se añade que, especialmente los productores de mayor dimensión -tanto internacionales como austriacos-, ya han alcanzado en general un volumen amplísimo de distribución a través de todos los canales de ventas y, en particular, están representados en todos los grandes establecimientos del comercio de alimentación al por menor. Esto muestra claramente que, en Austria, las posibilidades de los productores de desviarse hacia otros tipos de compradores son muy inferiores a las que tienen los compradores de recurrir a otros productores.”

<sup>95</sup> Decisión de la Comisión M. 1684, *Carrefour/Promodès* (“Decisión Carrefour/Promodès”), 25.01.2000, párrafo 16.



- 17. Recambios de automóvil
- Electrodomésticos y electrónica
  - 18. Electrodomésticos grandes
  - 19. Electrodomésticos pequeños
  - 20. Fotografía
  - 21. Sonido
  - 22. Televisión y video
- Textil
  - 23. Textil y calzado

Asimismo, en línea con su Decisión Rewe/Meinl, la Comisión llegó a la conclusión de que, en virtud de su importancia económica relativa, sus características propias y la dificultad de sustitución por otros canales, el aprovisionamiento del comercio minorista de productos de alimentación constituye un mercado diferenciado<sup>96</sup>. En relación al mercado de aprovisionamiento español, la Decisión de reenvío Carrefour/Promodès afirmó lo siguiente:

“En su decisión n° IV/M.1221- Rewe/Meinl, la Comisión ha subrayado el ejercicio del poder de compra con vista a obtener mejores condiciones de compra y la interdependencia entre los mercados de la distribución y los de aprovisionamiento. Los mercados de abastecimiento comprenden la venta de bienes de consumo corriente por los productores a sus clientes mayoristas minoristas y otras empresas y organizaciones. Aunque la importancia de los distintos canales varía, el sector del comercio minorista con predominio alimentario constituye de lejos la salida principal de este mercado (en España más del 70%). Por ello, un examen del mercado de abastecimiento debe comprender un estudio separado de la situación global de suministros así como del abastecimiento al sector de comercio minorista con predominio alimentario en particular.”<sup>97</sup>

Volviendo a la práctica decisional del TDC, debe constatarse que ésta ha seguido los principios establecidos por la Comisión en relación a la existencia de diferentes mercados de aprovisionamiento según la categoría de productos vendidos por el comercio minorista:

“Debido a que los fabricantes producen normalmente un único producto o categoría de productos, no sería en principio posible referirse económicamente a un solo mercado de suministro en el comercio al por mayor. Sin embargo, considerando la homogeneidad de la demanda - que no varía sustancialmente de un grupo de productos a otro - el Tribunal ha considerado, al igual que la Comisión Europea [nota a pie: *Vid. Decisiones M.946 Intermarché/Spar, M.991 Promodès/Casino, y M.1087 Promodès/Simago*], que, desde el punto de vista de la defensa de la competencia, bastaría con apreciar el poder de compra de las partes en relación con el conjunto de los bienes de consumo diario.”<sup>98</sup>

<sup>96</sup> Decisión Carrefour/Promodès, párrafos 19-20 y 94-97.

<sup>97</sup> Decisión de reenvío Carrefour/Promodès, párrafo 18.

<sup>98</sup> Informe Eroski/Carprabo, p. 21.



Sin embargo, la práctica del TDC en relación a los canales de venta es más ambigua. En la delimitación del mercado relevante, el TDC parece diferenciar el canal de venta del comercio de alimentación de otros canales de venta, pero incluyendo tanto el comercio minorista como el mayorista.

“Este mercado comprende la venta de bienes de consumo corriente por los productores de dichos bienes a sus clientes: los distribuidores mayoristas y minoristas de estos productos.”<sup>99</sup>

Sin embargo, el análisis de cuotas de mercado y estructura competitiva del TDC parece circunscribirse al mercado de aprovisionamiento del comercio de alimentación minorista. La confusión podría estar motivada por la Decisión Carrefour/Promodès, que comienza afirmando que el mercado de aprovisionamiento comprende la venta de bienes de consumo diario al comercio mayorista y minorista y al sector HORECA (Hoteles, Restaurantes y Cafeterías) y, sin embargo, en última instancia diferencia el canal de ventas al comercio minorista<sup>100</sup>.

En suma, la delimitación del mercado de aprovisionamiento debe diferenciar las categorías de productos (sin perjuicio de que a efectos prácticos sea suficiente un análisis conjunto) y el canal de ventas del comercio minorista de predominio alimentario.

## 6.2 Mercados geográficos

El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas.<sup>101</sup>

### 6.2.1 Distribución minorista

El mercado de la distribución minorista tiene una dimensión geográfica local porque no existe una sustituibilidad de la oferta y demanda suficiente entre ámbitos geográficos más amplios. El Estudio SDC 2004 describía la práctica del TDC en relación al ámbito geográfico del mercado de la distribución minorista de bienes de consumo en formato autoservicio de la siguiente manera:

“Tradicionalmente se ha venido considerando que las zonas de influencia de las superficies de venta en libre servicio se delimitan geográficamente por un radio de aproximadamente 20 minutos (entre 10 y 30 minutos) de transporte en coche. Esta zona podría variar por diversos criterios como el tamaño del punto de venta, las

<sup>99</sup> Informe Eroski/Caprabo, p. 20.

<sup>100</sup> Decisión Carrefour/Promodès, párrafo 14: “Les marchés de l’approvisionnement comprennent la vente de biens de consommation courante par les producteurs à des clients tels que les grossistes, les détaillants ou d’autres entreprises (par exemple les cafés/hôtels/restaurants). Vid asimismo, Decisión de reenvío Carrefour/Promodès, párrafo 16.

<sup>101</sup> Comunicación del mercado relevante, párrafo 8.



infraestructuras comerciales asociadas al mismo, las vías de comunicación y la calidad de sus servicios.

El TDC, en los informes sobre Grandes Superficies que viene realizando desde la entrada en vigor de la [Ley 2/1996 de Ordenación del Comercio Minorista], al analizar las condiciones de competencia existentes en el mercado en el que operará una nueva gran superficie, delimita el mercado relevante geográfico en función de isócronas que serán de 15 minutos en el supuesto de establecimientos que se encuentran en el centro urbano y de 30 minutos, cuando se sitúan en núcleos rurales o cuando no existe otro establecimiento similar en el área considerada”<sup>102</sup>.

El TDC ha seguido esta metodología en todos los expedientes de control de concentraciones. Asimismo, la CNC citó literalmente estas consideraciones en su Informe Eroski/Caprabo<sup>103</sup>.

El TVDC considera que, en la actualidad, la progresiva implantación de grandes superficies, el crecimiento de los núcleos urbanos, el aumento de la congestión vial y la importancia del factor tiempo parecen abogar por una reducción de las isócronas (ámbito geográfico de la competencia). Por ello, un desplazamiento de hasta 15 minutos (10-20 minutos) a una gran superficie (compra de aprovisionamiento) parece estar más en consonancia con los parámetros de oferta y demanda actuales. Desplazamientos de 120 kilómetros (ida y vuelta) o de 60 minutos (ida y vuelta) en coche para realizar una compra de aprovisionamiento podían reflejar la realidad del año 2000 pero no parecen conformes con la dinámica de consumo actual<sup>104</sup>. Por otra parte, la competencia geográfica entre los supermercados medianos (400 a 1.000 m<sup>2</sup>) es necesariamente inferior (5-10 minutos en coche) y el resto de establecimientos de menor tamaño tienen un impacto geográfico aun más reducido (0-5 minutos), en consonancia con su elemento diferencial: la proximidad/conveniencia. En suma, teniendo en cuenta el carácter asimétrico de la competencia entre formatos comerciales tanto en relación al tipo de compra como al desplazamiento geográfico requerido para llevarla a cabo, pueden fijarse estos principios de impacto geográfico:

- (a) Las grandes superficies compiten entre ellas en una isócrona de 15 minutos en coche.
- (b) Los supermercados medianos se enfrentan a la competencia de establecimientos análogos en una isócrona de 10 minutos en coche y de grandes superficies en una isócrona de 15 minutos en coche.
- (c) Los autoservicios y pequeños supermercados se enfrentan a la competencia de establecimientos análogos en una isócrona de 5 minutos en coche; de supermercados medianos en una isócrona de 10 minutos en coche; y de grandes superficies en una isócrona de 15 minutos en coche.

Lógicamente, estos principios pueden requerir adaptaciones en vista de las particulares condiciones de oferta y demanda locales (por ejemplo, en zonas rurales aisladas).

<sup>102</sup> Estudio SDC 2004, pp. 14-15.

<sup>103</sup> Informe Eroski/Caprabo, pp. 27-28.

<sup>104</sup> *Vid.*, Decisión de reenvío Carrefour/Promodès, párrafo 26.



Estas conclusiones son análogas a las del Estudio Competition Commission 2008. Tras analizar las opiniones de las grandes empresas de la distribución en relación al ámbito geográfico de la competencia entre sus establecimientos (epígrafes 4.91 a 4.97); la escala de las iniciativas nacionales y locales (epígrafes 4.98 a 4.101); los hábitos de consumo y la localización de establecimientos (epígrafes 4.102 a 4.103); un modelo econométrico de demanda (epígrafes 4.104 a 4.105); las variaciones geográficas en los márgenes de beneficios de los establecimientos (epígrafes 4.106 a 4.113); el impacto de nuevos establecimientos en los ingresos de los establecidos (epígrafes 4.114 a 4.116); un modelo de simulación de impacto de subida de precios en un establecimiento, aportado por un distribuidor (Tesco) (epígrafes 4.117 a 4.131); y el impacto de la compra por Internet (epígrafes 4.132 a 4.133), la Competition Commission ha concluido que la competencia asimétrica entre formatos comerciales tiene la siguiente dimensión geográfica (epígrafe 4.145):

- (a) Las grandes superficies compiten entre ellas en una isócrona de 10-15 minutos en coche.
- (b) Los supermercados medianos se enfrentan a la competencia de establecimientos análogos en una isócrona de 5-10 minutos en coche y de grandes superficies en una isócrona de 10-15 minutos en coche.
- (c) Los autoservicios y pequeños supermercados se enfrentan a la competencia de establecimientos análogos en una isócrona de 5 minutos en coche; de supermercados medianos en una isócrona de 5-10 minutos en coche; y de grandes superficies en una isócrona de 10-15 minutos.

En el análisis de un número amplio de mercados locales, la Competition Commission utiliza con carácter general isócronas de 10 minutos o de 15 minutos según los casos<sup>105</sup>.

Sin embargo, tanto el TDC como la CNC han admitido que “en el comportamiento de los operadores presentes en este mercado, y en particular de las grandes cadenas comerciales al por menor, no sólo intervienen variables referidas a los distintos ámbitos locales donde sus establecimientos se encuentran presentes, sino que también se tienen en cuenta consideraciones a un nivel geográfico más amplio [y] la estrategia de las grandes cadenas pueda ser de alcance nacional”<sup>106</sup>. En el Informe Eroski/Caprabo, Eroski manifestó que en el análisis de su posición competitiva en mercados locales debía tenerse en cuenta que su estrategia de precios tenía, al menos parcialmente, una dimensión geográfica mucho más amplia:

“Además, en opinión del GRUPO EROSKI, estos porcentajes deberían analizarse atendiendo a la ausencia total de autonomía de los gestores de los establecimientos del GRUPO EROSKI a escala local para determinar su política de precios o promocional. Así, el GRUPO EROSKI establece su política comercial para cada una de sus enseñas en función de grandes zonas geográficas, que generalmente se corresponden con una o varias Comunidades Autónomas. En muchas ocasiones, además, esta política se fija de

<sup>105</sup> Estudio Competition Commission 2008, p. 83.

<sup>106</sup> Informe Eroski/Caprabo, p. 22.



manera uniforme y coherente para todo el territorio nacional, con la emisión de campañas publicitarias en medios de alcance nacional y la edición de folletos promocionales similares para todo el territorio donde realiza sus ventas, garantizando así la aplicación de precios similares en todos sus establecimientos, independientemente de su ubicación o de su cuota de mercado a escala local.”<sup>107</sup>

Asimismo, en su análisis de la denuncia contra las empresas de la distribución minorista que operaban en Valencia, el SDC constató, previa solicitud de información a las empresas interesadas, lo siguiente:

“[l]a política de fijación de precios de Mercadona y El Corte Inglés es de ámbito nacional, sin perjuicio de que sea adaptable a la situación competitiva de entornos locales, mientras que Carrefour y Alcampo tienen una política de precios local. Aun en este último caso, ambas empresas parecen desarrollar campañas de publicidad, promoción y precios de ámbito nacional.”<sup>108</sup>

En suma, si bien los mercados relevantes son de ámbito local, no puede obviarse que las grandes empresas interactúan en un ámbito más amplio tanto en el ámbito del mercado minorista como en el mercado de aprovisionamiento, por lo que la estructura del mercado minorista nacional y regional tiene una especial incidencia sobre las condiciones de competencia locales y viceversa.

### 6.2.2 Aprovisionamiento

Tanto la Comisión como el TDC/CNC y otras autoridades nacionales de competencia han considerado que el mercado de aprovisionamiento tiene una dimensión nacional<sup>109</sup>. Por lo tanto, el mercado español de aprovisionamiento tiene un ámbito geográfico nacional.

---

<sup>107</sup> Informe Eroski/Caprabó, p. 15.

<sup>108</sup> Auto de archivo del SDC en relación a la denuncia presentada por la OCU contra varias empresas de la distribución de Valencia (“Auto de archivo SDC 2006”), referencia 2680/06, p. 3.

<sup>109</sup> *Vid.*, Decisión de reenvío Carrefour/Promodès, e Informe Eroski/Caprabó, p.28, que cita los antecedentes de la Comisión y del TDC.



## 7 Aplicación de la normativa de competencia a los oligopolios

La emergencia de mercados concentrados en manos de un número limitado de empresas en numerosos e importantes sectores económicos (oligopolios) es uno de los rasgos sobresalientes de la economía contemporánea<sup>110</sup>. A finales del siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX se formularon los primeros modelos teóricos de interdependencia oligopolista (modelos Cournot, Bertrand, Edgeworth, Stackelberg<sup>111</sup>). Sin embargo, fue el economista Chamberlain el primero en advertir que la interdependencia oligopolista genera un riesgo específico de fallo de mercado: bajo determinadas condiciones, los oligopolistas pueden adoptar comportamientos paralelos que elevan los precios sin necesidad de establecer comunicaciones o acuerdos entre ellos<sup>112</sup>. El interés académico sobre los oligopolios se acentuó a raíz de los estudios de Chamberlain y la progresiva oligopolización de la economía mundial. En particular, la disciplina de la “economía industrial” ha dedicado sus mayores esfuerzos a desentrañar las condiciones que deslizan un oligopolio hacia la colusión tácita en vez de hacia la competencia. La Escuela de Harvard centró su atención en el aspecto estructuralista del oligopolio, acuñando el paradigma S-C-R (“Structure-Conduct-Performance”) para describir la influencia que una estructura concentrada tiene sobre la conducta de las empresas y los resultados de dichas conductas<sup>113</sup>. El énfasis en la estructura de mercado como condicionante de las conductas que tienen lugar en él empujaron a los economistas de la escuela de Harvard a proponer remedios estructurales para luchar contra los oligopolios<sup>114</sup>. A partir de los años 60, los postulados de la Escuela de Chicago adquirieron una mayor preeminencia. Esta Escuela defendía que una estructura de mercado concentrada podía ser el resultado de una mayor eficiencia de las empresas grandes y sostenía que el deslizamiento de un oligopolio hacia la colusión tácita sólo podía ocurrir bajo unas condiciones concretas<sup>115</sup>. En consecuencia, la Escuela de Chicago rechazaba la adopción de medidas estructurales *per se* a los mercados concentrados, proponiendo en su lugar un enfoque casuístico centrado en los

<sup>110</sup> Para una información detallada del análisis de los oligopolios por las diferentes escuelas de la economía industrial y su reflejo en el Derecho Europeo de la Competencia, *vid.*, Nicolas Petit, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, Ed. Bruylants, Bruselas, 2007; y R.J. Van Den Bergh & Peter Camesasca, *European Competition Law and Economics: a Comparative Perspective*, Ed. Intersentia-Hart, Oxford, 2001. En particular, esta Sección es tributaria del análisis de Nicolas Petit.

<sup>111</sup> *Vid.*, Agustin Cournot, *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Editorial Dunod, Paris, 2001; François Bertrand, “Théorie des richesses: Revue de ‘Théorie mathematique de la richesse sociale’ par L. Walras et ‘Recherches sur les principes mathematiques de la theorie des richesses’ par A. Cournot”, *Journal de Savants* 67, 1883, pp. 499–508; Francis Edgeworth, “the pure theory of monopoly”, *Papers relating to political economy*, Vol. 1, Burt Franklin, New York, 1925, pp. 111-142; Heinrich Von Stackelberg, *Marktform und gleichgewicht*, Julius Springer, Viena, 1934, incluido en *The theory of the market economy*, traducción de Peacock, William Hodge, Londres, 1952.

<sup>112</sup> Edward Chamberlain, *The theory of monopolistic competition*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1993, p. 48.

<sup>113</sup> *Vid.*, Joe S. Bain, *Industrial Organization*, John Wiley & Sons, New York, 1968.

<sup>114</sup> *Vid.*, Carl Kaysen y Donald Turner, *Antitrust Policy*, Harvard University Press, Cambridge, 1959.

<sup>115</sup> *Vid.*, George J. Stigler, “Theory of Oligopoly”, *Journal of Political Economy*, 72, 1964, pp. 46-47.



comportamientos colusivos en el mercado<sup>116</sup>. En particular, el académico Richard Posner defendía la aplicación de la Sección 1 de la Shearman Act, equivalente al artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea (“TCE”), a la colusión tácita alegando que no es otra cosa que un cártel por sus efectos<sup>117</sup>. A partir de los años 70, surgió una corriente Post-Chicago denominada Nueva Economía Industrial, que aplicó la Teoría de Juegos<sup>118</sup> y, en particular, el denominado “dilema del prisionero”, para demostrar que las interacciones estratégicas entre competidores pueden reducir la competencia en el mercado y justificar una intervención del derecho de la competencia. La progresiva profundización en el funcionamiento de los oligopolios ha culminado en una síntesis por parte de los economistas de la Nueva Economía Industrial de las cuatro condiciones cumulativas susceptibles de generar una colusión tácita: (1) Comprensión colectiva de los términos de la coordinación; (2) facilidad de detección de desviaciones; (3) mecanismos de castigo contra las desviaciones; y (4) ausencia de reacción competitiva de competidores potenciales y clientes.<sup>119</sup>

## 7.1 Derecho europeo de la competencia

El origen económico del derecho de la competencia ha reflejado asimismo la evolución de la teoría económica en relación a los oligopolios. Durante la vigencia de la Escuela de Harvard, la aprensión hacia los mercados concentrados puede observarse en las primeras decisiones de la Comisión en materia de control de concentraciones en el ámbito del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA) y en otros documentos de carácter general<sup>120</sup>. La entrada en escena de la Escuela de Chicago y, en particular, las propuestas de Richard Posner de equiparar la colusión tácita probada a la colusión explícita (cártel), incitó a la Comisión a explorar la aplicación de la noción de “práctica concertada” prevista en el artículo 81 del TCE a las conductas colusivas tácitas. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) adoptó una visión más restrictiva del artículo 81 del TCE. En su Sentencia “materias colorantes”, el TJCE definió la práctica concertada como “una forma de coordinación entre empresas que, sin haber llegado a la realización de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas”<sup>121</sup>. La exigencia de un elemento consensual excluía del ámbito de la práctica concertada el paralelismo de comportamiento fruto de las condiciones normales

<sup>116</sup> *Vid.*, Richard Posner, “The Chicago school of antitrust analysis”, University of Pennsylvania Law Review, 925, 1979; Robert Bork, *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, the Free Press, New York, 1993; y Harold Demsetz, “Industry Structure, Market Rivalry and Public Policy”, Journal of Political Economy, 44, 1964.

<sup>117</sup> Richard Posner, “Oligopoly and Antitrust Laws: A suggested approach”, Stanford Law Review 21, 1969, p. 1575. Richard Posner es juez del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos y una de las autoridades más influyentes en derecho de la competencia.

<sup>118</sup> *Vid.*, John Von Neumann y Oskar Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behaviour*, Princeton University Press, New Jersey, 1944.

<sup>119</sup> *Vid.*, los trabajos pioneros de Dale Orr y Paul McAvoy, “Price Strategies to promote cartel stability” *Economica* 32, 1965, pp. 186 y ss.; y D.K. Osborne, “Cartel problems” *American Economic Review*, 66, 1976, pp. 835 y ss. Estas condiciones habían sido identificadas entre los factores conducentes a una colusión tácita por George Stigler.

<sup>120</sup> Mémorandum de la Commission sur la concentration dans le marché commun, RTDE, 1966, p. 675.

<sup>121</sup> Sentencia del TJCE de 14 de julio de 1972, Asunto 54/69, *SA française des matières colorantes (Francolor) c. Comisión*, ECR 1972, p. 851.



del mercado (colusión tácita)<sup>122</sup>. La Sentencia “materias colorantes” descartó que la mera colusión tácita sea sancionable como una práctica concertada pero abría una nueva fuente de incertidumbre: la prueba de la existencia o no de condiciones de mercado facilitadoras de una colusión tácita. Este conflicto emergió en la célebre Sentencia “pasta de papel”. La Comisión consideró que la identidad de las fechas y el importe de las subidas de precios anunciadas por diversos operadores sólo podían explicarse por la existencia de un acuerdo o práctica concertada entre competidores. Sin embargo, el TJCE, tras haber requerido estudios económicos periciales sobre el mercado, concluyó que “las tendencias oligopolistas del mercado” explicaban el paralelismo de comportamientos y anuló la Decisión<sup>123</sup>. Algunos autores han atribuido a las convicciones jurídicas del juez ponente de la Sentencia un gran peso en este desenlace<sup>124</sup>: el Juez Joliet había expresado en un artículo académico anterior su oposición a la aplicación del artículo 81 del TCE a la colusión tácita y el riesgo de que la noción de práctica concertada fuese aplicada expansivamente sin un análisis económico exhaustivo de los mercados<sup>125</sup>.

En suma, la Sentencia “materias colorantes” cerró la puerta a la aplicación del artículo 81 del TCE a la colusión tácita y la Sentencia “pasta de papel” exigió a la Comisión un análisis económico riguroso para aplicar el artículo 81 del TCE a comportamientos paralelos que no pudiesen obedecer a una colusión tácita entre competidores.

Las limitadas posibilidades de actuación contra los oligopolios en el ámbito del artículo 81 del TCE incitaron a la Comisión a explorar la aplicación del “abuso por una o varias empresas de una posición dominante” previsto en el artículo 82 del TCE a los oligopolios<sup>126</sup>. En su VIII Informe sobre la Política de Competencia, la Comisión constató que la integración europea había diluido las posiciones de dominio individuales en el ámbito nacional pero no había impedido la creación de mercados nacionales oligopolistas dominados por dos o tres empresas<sup>127</sup>. En su IX Informe de la Política de

<sup>122</sup> Ídem, párrafo 53: “Although parallel behaviour may not by itself be identified with a concerted practice, it may however amount to strong evidence of such a practice if it leads to conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market, having regard to the nature of the products, the size and number of the undertakings, and the volume of the said market.”

<sup>123</sup> Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1985, Asuntos acumulados C-89,104,116,117,125,129/85, *Ahlström Oskaehtio y otros c. Comisión (Pasta de Papel II)*, Rep. 1993, I-1307.

<sup>124</sup> Nicolas Petit, “Oligopoles...”, *op. cit.*, p. 88, citando asimismo a Idot, “Epilogue dans l’affaire Pâte de Bois, les derniers apports de la Cour au droit communautaire de la concurrence”, Europe, Chronique 6, junio 1993, p. 1.

<sup>125</sup> René Joliet, “La notion de pratique concertée et l’arrêt ICI dans une perspective comparative”, Cahiers de droit européen 3-4, 1974, pp. 251 y ss.

<sup>126</sup> La Comisión identificó por primera vez la existencia de una posición dominante colectiva en relación a la política de restricciones de las compañías petroleras holandesas durante la crisis de 1973 en su “Report on the behaviour of oil companies during the fall-winter 1973-1974”, COM (975), 1976. Sin embargo, en su Decisión posterior sólo habló de posiciones dominantes individuales de las petroleras en relación a sus propios clientes, Decisión de la Comisión IV/28.841 - *ABG oil companies operating in the Netherlands*, DOCE L 1/17, 1977, anulada por falta de carácter abusivo de las conductas sancionadas por Sentencia del TJCE de 29 de junio de 1978, Asunto 77/77, *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV y otros c. Comisión*, ECR 1978, p. 1513.

<sup>127</sup> Comisión, VIII<sup>ème</sup> Rapport sur la politique de concurrence, 1978, p. 256, citado en Nicolas Petit, “Oligopoles...”, *supra* nota 110, p. 92.



Competencia, la Comisión volvió a incidir sobre esta cuestión señalando que el oligopolio “estrecho” se estaba erigiendo en el modelo de mercado predominante con el consiguiente riesgo para la competencia en el mercado<sup>128</sup>.

En su XVI Informe sobre la Política de Competencia, la Comisión propuso una definición de la posición dominante colectiva que abarcaba la “colusión implícita (tácita)”:

“Deux éléments principaux caractérisent le concept de position dominante collective: un nombre restreint d’entreprises réalise la plus grande part du chiffre d’affaires au marché en cause, sans toutefois qu’aucune entreprise n’occupe à elle seule de position dominante; une interdépendance élevée existe entre les décisions des entreprises. Un des objectifs de la politique de concurrence est de veiller à ce que certains types de comportements des entreprises concernées n’empêchent pas une concurrence suffisante dans de tels marchés. Dans le cas d’un oligopole étroit, la réduction de l’intensité de la concurrence ne requiert pas nécessairement l’apparition d’une collusion tacite. Une collusion implicite peut en effet résulter du fait que les membres de l’oligopole ont pris conscience de leur interdépendance et des conséquences vraisemblablement défavorables d’adopter un comportement concurrentiel”<sup>129</sup> (subrayado propio).

Asimismo, junto a la aplicación del artículo 86 [82] del TCE, la Comisión abogaba por la utilización del control de concentraciones para prevenir la aparición de oligopolios colusivos:

“Indépendamment des possibilités d’appliquer l’article 86 pour réprimer de tels comportements [de collusion tacite], la politique de concurrence doit viser à prévenir l’apparition de situations créant de très fortes incitations à un comportement de collusion tacite. C’est un des objectifs du projet de contrôle préalable des fusions au niveau de la Communauté”<sup>130</sup>

La Comisión aplicó por primera vez el concepto de posición dominante colectiva a un oligopolio en el asunto “vidrio plano”, una Decisión relacionada con una práctica concertada contraria al artículo 81 del TCE en un mercado oligopolista. Si bien el Tribunal de Primera Instancia (“TPI”) anuló en gran parte la Decisión, admitió que los vínculos económicos entre empresas pueden dar lugar a una posición dominante colectiva, abriendo un camino hasta entonces inexplorado<sup>131</sup>. La Sentencia “vidrio

<sup>128</sup> Comisión, IX<sup>ème</sup> Rapport sur la politique de concurrence, 1979, p. 190, citado en Nicolas Petit, “Oligopoles...”, *op. cit.*, p. 92.

<sup>129</sup> Comisión, XVI Informe de la Política de Competencia, 1986, §331, citado en Nicolas Petit, “Oligopoles...”, *op. cit.*, pp. 93-94.

<sup>130</sup> Comisión, XVI Informe de la Política de Competencia, 1986, §333, citado en Nicolas Petit, “Oligopoles...”, *op. cit.*, p. 103.

<sup>131</sup> Decisión de la Comisión IV/31.906 - *Vidrio plano*, DOCE L 33/44, 1989. Sentencia del TPI de 10 de marzo de 1992, Asuntos acumulados T-68,77,78/89, Societa Italiana Vetro Spa, Fabbrica Pisana Spa y PPG Vernante Pennitalia Spa c. Comision, Rep. 1992, II-1403, párrafo 358: “Como principio, no puede descartarse que dos o más entidades económicas independientes se hallen, en un mercado concreto, unidas por tales vínculos económicos que, a causa de este hecho, se hallen conjuntamente en una posición dominante con respecto a los demás operadores del mismo mercado.”



plano” del TPI otorgaba a la Comisión una herramienta jurídica para controlar la colusión tácita en el seno de los oligopolios, si bien la incertidumbre sobre el alcance del término “vínculos económicos” y sus nuevos poderes de intervención en materia de concentraciones, centraron su atención en el control preventivo de la colusión tácita vía control de concentraciones<sup>132</sup>. El uso creciente del concepto de posición dominante colectiva en el control de concentraciones dio lugar a varios recursos contra las Decisiones de la Comisión que fueron concretando la noción de “vínculos económicos” y su aplicación a la colusión tácita. En particular, la Sentencia “Gencor” clarificó que la noción de vínculos económicos incluye la relación de interdependencia entre los miembros de un oligopolio<sup>133</sup>, y la Sentencia “Airtours” concretó las condiciones que pueden dar lugar a una colusión tácita, adaptando el término jurídico “posición dominante colectiva” al concepto económico de colusión tácita oligopolista: (1) Comprensión colectiva de los términos de la coordinación (conducta colusoria); (2) facilidad de detección de desviaciones (transparencia); (3) mecanismos de castigo contra las desviaciones (disuasión); y (4) ausencia de reacción competitiva de competidores potenciales y clientes (ausencia de competencia externa)<sup>134</sup>. Estas condiciones han sido desarrolladas en las Directrices de la Comisión sobre concentraciones horizontales<sup>135</sup>.

Si bien en los años transcurridos desde la Sentencia “vidrio plano” hasta la Sentencia “Airtours” el control de la colusión tácita oligopolista se había circunscrito al ámbito del control de concentraciones, cabe destacar que, durante este tiempo, la Comisión aplicó

<sup>132</sup> Reglamento 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DOCE L 395, 1989. Vid., en la misma línea, la Sección 2ª de US Department of Justice and Federal Trade Commission, “US Horizontal Merger Guidelines”, 1992. La Comisión ya había incidido en el carácter preventivo del control de concentraciones para evitar situación de colusión tácita en el XVI Informe sobre la Política de Competencia, 1986.

<sup>133</sup> Sentencia del TPI de 25 de marzo de 1999, Asunto T-102/96, *Gencor c. Comisión*, Rep. 1999, II-753, parrafo 276: “Por otra parte, no existe ninguna razón, en el plano jurídico o económico, para excluir del concepto de vínculo económico la relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios. En efecto, en tal contexto, cada operador sabe que una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a incrementar su cuota de mercado (por ejemplo, una reducción de precios), provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa. Todos los operadores tendrían por lo tanto que soportar el descenso del nivel de los precios.”

<sup>134</sup> Sentencia del TPI de 6 de junio de 2002, Asunto T-342/99, *Airtous c. Comisión*, Rep. 2002, II-1742, párrafos 61 (conducta colusoria) y 62 (transparencia, disuasión y ausencia de competencia externa).

<sup>135</sup> Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (“Directrices sobre concentraciones horizontales”), DOCE C 031, 2004, párrafos 39-57. El párrafo 41 establece con carácter general lo siguiente: “La probabilidad de que se produzca una coordinación es mayor en mercados en los que resulta relativamente fácil alcanzar un acuerdo sobre las condiciones de la coordinación. Además, se han de cumplir tres condiciones para que la coordinación sea viable. En primer lugar, las empresas que se coordinan deben poder ejercer un control suficiente sobre el cumplimiento de las condiciones de la coordinación. En segundo lugar, la disciplina requiere que haya algún mecanismo de disuasión creíble que pueda activarse en caso de detectarse una desviación de lo acordado. En tercer lugar, los resultados esperados de la coordinación deben estar al abrigo de las reacciones tanto de los competidores actuales o futuros que no participen en ella como de los clientes.”



el artículo 82 del TCE (posición dominante colectiva) conjuntamente con el artículo 81 del TCE a varias conferencias marítimas (“Comités de armadores franceses”, “Cewal” y “TACA”)<sup>136</sup>. Precisamente, un recurso de apelación contra la Decisión Cewal dio la oportunidad al TJCE de extender su jurisprudencia sobre colusión tácita en el ámbito del control de concentraciones al ámbito del artículo 82 del TCE<sup>137</sup>. Sin embargo, la declaración judicial expresa y definitiva de que la colusión tácita origina una posición dominante colectiva a los efectos del artículo 82 del TCE llegó sin el concurso voluntario de la Comisión. En la Sentencia “Laurent Piau”, el TPI aprovechó la oportunidad brindada por un recurso contra la Decisión de archivo de una denuncia contra la FIFA (Fédération Internationale de Football Association) por abuso de posición dominante, para extender la jurisprudencia “Airtours” al artículo 82 del TCE y dar así fin a un largo camino jurisprudencial iniciado en la Sentencia “vidrio plano” encaminado al emparejamiento del concepto económico de colusión tácita oligopolista al concepto jurídico de posición dominante colectiva, tanto en el control de concentraciones como en el artículo 82 del TCE<sup>138</sup>.

En su Documento de Trabajo sobre el artículo 82 del TCE, la Comisión sintetizó toda la jurisprudencia anterior y el contenido de sus Directrices sobre fusiones horizontales en el apartado dedicado a la posición dominante colectiva<sup>139</sup>. Asimismo, el Glosario de

<sup>136</sup> Decisiones IV/32.450, *Comités de armadores franceses y de África occidental*, DOCE L 134, 1992; IV/32.448 y IV/32.450, *Cewal*, DOCE L 34, 1993; y IV/35.134, *TACA*, DOCE L 95, 1999.

<sup>137</sup> Sentencia del TJCE de 16 de marzo de 2000, Asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge y otros c. Comisión*, Rep. 2000, I-1365, párrafo 45: “No obstante, la existencia de un acuerdo o de otras relaciones jurídicas no es indispensable para afirmar que existe una posición dominante colectiva, afirmación que podría resultar de otros factores de correlación y dependería de una apreciación económica y, en especial, de una apreciación de la estructura del mercado de que se trate”. En tres asuntos anteriores el TJCE había tratado sobre la posición dominante colectiva pero tenían unas connotaciones particulares: yuxtaposición de posiciones dominantes sobre mercados geográficos vecinos (Sentencia del TJCE de 27 de abril de 1994, Asunto C-393/92, *Almelo y otros c. Comisión*, Rep. 1994, I-1477 y Sentencia del TJCE de 5 de octubre de 1994, Asunto C-323/93, *La Crespelle*, Rep. 1994, I-5077) y posición dominante de una empresa y su filial (Sentencia del TPI de 7 de octubre de 1999, Asunto T-228/97, *Irish Sugar c. Comisión*, Rep. 1999, II-2969).

<sup>138</sup> Sentencia del TPI de 26 de enero de 2005, Asunto T-193/02, *Laurent Piau c. Comisión*, párrafo 111: “Three cumulative conditions must be met for a finding of collective dominance: first, each member of the dominant oligopoly must have the ability to know how the other members are behaving in order to monitor whether or not they are adopting the common policy; second, the situation of tacit coordination must be sustainable over time, that is to say, there must be an incentive not to depart from the common policy on the market; thirdly, the foreseeable reaction of current and future competitors, as well as of consumers, must not jeopardise the results expected from the common policy (Case T-342/99 Airtours v Commission [2002] ECR II-2585, paragraph 62, and Case T-374/00 Verband der freien Rohrwerke and Others v Commission [2003] ECR II-0000, paragraph 121).” El recurso de casación contra esta sentencia fue desestimado por el auto del TJCE de 23 de febrero de 2006, Asunto C-171/05P, *Laurent Piau c. Comisión*.

<sup>139</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (“Documento de Trabajo Artículo 82 TCE”), diciembre de 2005, párrafos 43-50. *Vid.*, en relación a la colusión tácita oligopolista, párrafo 46: “However, the existence of an agreement or of other links in law is not indispensable to a finding of a collective dominant position. Such a finding may be based on other connecting factors and depends on an economic assessment and, in particular, on an assessment of the structure of the market in question [nota a pie omitida]. It follows that the structure of the market and the way in which undertakings interact on the market may give rise to a finding of collective dominance



términos de competencia preparado por la DG Competencia considera la posición dominante colectiva y la posición dominante oligopolista como términos intercambiables<sup>140</sup>.

En suma, la Sentencia “Airtours” en el ámbito del control de concentraciones y su equivalente en el ámbito del artículo 82 TCE, la Sentencia “Laurent Piau” han clarificado definitivamente que la colusión tácita oligopolista equivale a una posición dominante colectiva y han expuesto las cuatro condiciones teóricas necesarias para probar su existencia. Desde entonces, en consonancia con los conflictos planteados por la aplicación del artículo 81 TCE a los comportamientos paralelos de precios, la controversia se ha trasladado a la prueba de la existencia de una posición dominante colectiva. La concentración de las actividades discográficas de Sony/Bertelsmann ha dado pie a los tribunales comunitarios a aportar la primera clarificación del análisis económico necesario para demostrar la existencia de una posición dominante colectiva. La Decisión de la Comisión concluyó que la concentración Sony/Bertelsmann no crearía una colusión tácita oligopolista. La Asociación de compañías discográficas independientes Impala recurrió la Decisión y la Sentencia “Impala” del TPI aportó unas consideraciones relevantes a los efectos del artículo 82 TCE. El TPI determinó que en el análisis de la existencia de una colusión tácita oligopolista, las cuatro condiciones establecidas en la Sentencia “Airtours” pueden ser apreciadas “indirectamente tomando como base un conjunto de indicios y de elementos probatorios que pueden incluso ser muy heterogéneos, relativos a los signos, manifestaciones y fenómenos inherentes a la existencia de una posición dominante colectiva”<sup>141</sup>. En particular, el TPI consideró que la existencia de una “estrecha alineación de los precios a largo plazo” en niveles supracompetitivos podría ser suficiente para probar la transparencia del mercado, “incluso si no hay pruebas directas concluyentes de la existencia de una gran transparencia del mercado”<sup>142</sup>. Asimismo, en relación a los elementos de disuasión, el TPI coincidió con la Comisión en que la existencia de “represalias” en el pasado hubiera probado su existencia<sup>143</sup>. En apelación, el TJCE consideró que la valoración de la importancia de los indicios y otros elementos de prueba relacionados con la conducta de las empresas en el mercado, entraba dentro del margen de apreciación del TPI de los diferentes elementos probatorios<sup>144</sup>, si bien exigió que los factores tendentes a la

---

[nota a pie omitida]”, así como los párrafos 47 (conducta tácita), 48 (transparencia), 49 (disuasión) y 50 (ausencia de competencia externa).

<sup>140</sup> Comisión, Glosario de términos de competencia: “Oligopoly: A market structure with few sellers, who realise their interdependence in taking strategic decisions, for instance, on price, output and quality. In an oligopoly, each firm is aware that its market behaviour will distinctly affect the other sellers and their market behaviour. As a result, each firm will take the possible reactions from the other players expressly into account. In competition cases, the term is often also used for situations where a few big sellers jointly dominate the competitive structure and a fringe of smaller sellers adapt to their behaviour. The big sellers are then referred to as the oligopolists. In certain circumstances this situation may be considered as one of collective (also joint or oligopolistic) dominance”.

<sup>141</sup> Sentencia del TPI de 13 de julio de 2007, Asunto T-464/04, *Impala c. Comisión*, párrafo 251.

<sup>142</sup> Ídem, párrafo 252.

<sup>143</sup> Íd., párrafo 269.

<sup>144</sup> Sentencia del TJCE de 10 de julio de 2008, Asunto C-413/06 P, *Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala*, párrafos 127-128.



colusión se analicen globalmente<sup>145</sup> y en función de la conducta oligopolista supuestamente identificada<sup>146</sup>.

Por último, si bien la jurisprudencia comunitaria ha admitido la existencia de una posición dominante colectiva derivada de una colusión tácita oligopolista, ni la Comisión ni los tribunales europeos se han pronunciado sobre los remedios necesarios para reprimir los abusos derivados de dicha colusión tácita oligopolista. El artículo 7.1 del Reglamento 1/2003<sup>147</sup> permite a la Comisión imponer cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea proporcionado y necesario para poner fin a la infracción, si bien “los remedios estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir remedios de comportamiento, éstos resulten más gravosos para la empresa en cuestión que el remedio estructural”. El considerando 12 de la Exposición de Motivos clarifica que “imponer cambios en la estructura de la empresa tal y como era antes de cometer la infracción sólo responde al principio de proporcionalidad si de la propia estructura de la empresa se deriva un riesgo sustancial de una infracción duradera o reiterada”.

Recientemente, en una presentación realizada ante una audiencia de autoridades, abogados y empresas españolas, el Director de Política y Estrategia de Competencia de la DG Competencia ha expresado que, frente al enfoque tradicional que asociaba las medidas estructurales al control de concentraciones, ahora la Comisión puede considerar remedios estructurales, incluyendo desinversiones, en el ámbito del artículo 82 del TCE<sup>148</sup>.

Efectivamente, la Comisión parece decidida a hacer uso de los remedios estructurales en el ámbito del artículo 82 del TCE, tal como reflejan sus actuaciones en los mercados alemanes de la electricidad y el gas. En relación al mercado eléctrico, la Comisión abrió un expediente sancionador a EON por un posible abuso de posición dominante en los mercados de generación y transmisión eléctrica. Sin embargo, en previsión de una decisión sancionadora de la Comisión fijando una sanción y ordenando medidas estructurales, EON ha ofrecido a la Comisión una propuesta de desinversiones de activos de generación y de la actividad de transmisión encaminadas a resolver los

<sup>145</sup> Ídem, párrafo 125.

<sup>146</sup> Id., párrafo 126: “A este respecto, la apreciación de la transparencia en un mercado dado, por ejemplo, no debería hacerse de forma aislada y abstracta, sino teniendo presente lo que es el funcionamiento de una posible coordinación tácita. En efecto, sólo teniendo en cuenta semejante hipótesis es posible verificar si los posibles elementos de transparencia existentes en un mercado son efectivamente capaces de facilitar la definición tácita de una línea de actuación común y de permitir a los competidores de que se trate vigilar de forma suficiente si se respetan los modos de proceder de tal línea de actuación. A este respecto, a los fines del análisis de la sostenibilidad de una coordinación tácita pretendida, es necesario tener en cuenta los mecanismos de vigilancia que pudiesen ser accesibles a los participantes en la coordinación tácita alegada, con el fin de verificar, si, debido a dichos mecanismos, les es posible conocer, de manera suficientemente precisa e inmediata, la evolución del comportamiento de mercado de los demás participantes en esa coordinación.”

<sup>147</sup> Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DOCE L 1, 4.1.2003.

<sup>148</sup> Carles Estevá Mosso, Presentación del libro resultante del Cuarto Seminario de Derecho y Economía de la Competencia: “Remedios y sanciones en el derecho de la competencia”, Fundación Rafael del Pino, 17 de septiembre de 2008.



posibles problemas de competencia y facilitar una terminación convencional del expediente<sup>149</sup>. De forma análoga, la empresa RWE ha ofrecido la desinversión de sus activos de transmisión de gas para lograr una terminación convencional del expediente de abuso de posición dominante abierto contra ella<sup>150</sup>.

## 7.2 Ley de defensa de la competencia

El artículo 2 de la LDC prohíbe el abuso de una posición dominante colectiva y el Capítulo II de la LDC (control de concentraciones) prohíbe la concentración que restringe la competencia, en particular, mediante la creación o reforzamiento de una posición dominante colectiva.

En línea con la práctica decisional de la Comisión, el SDC y el TDC han priorizado la vigilancia de los mercados oligopolistas en sede de control de concentraciones. Asimismo, han adoptado los principios de análisis fijados por la Sentencia “Airtours” y desarrollados por las Directrices sobre concentraciones horizontales<sup>151</sup>.

Sin embargo, el énfasis en el control de concentraciones no ha impedido al SDC proponer y al TDC concluir en diversas resoluciones, que el artículo 2 de la LDC es aplicable a comportamientos oligopolistas. En línea con la estrategia empleada por la Comisión, de aproximación indirecta al comportamiento oligopolista como posición dominante colectiva, el TDC declaró por primera vez la existencia de una posición dominante colectiva en relación a una empresa y su filial<sup>152</sup>. Asimismo, en diversos asuntos el SDC y/o el TDC también han considerado aplicable la posición dominante colectiva a conductas paralelas de empresas unidas por vínculos estructurales o contractuales: Azúcar<sup>153</sup>, Lineas Áereas<sup>154</sup>, Propiedad Intelectual Audiovisual<sup>155</sup> y

<sup>149</sup> “Commission welcomes E.ON proposals for structural remedies to increase competition in German electricity market”, MEMO/08/132, 28/02/2008; y “Commission market tests commitments proposed by E.ON concerning German electricity markets”, MEMO/08/396, 12 June 2008: “In particular, E.ON offered to divest generation capacity in Germany from different types of technology and fuels, i.e. run-off-river, lignite, hard coal, gas, pump storage and nuclear, to remedy the Commission's concerns on the wholesale electricity market. In addition, E.ON proposed to divest its transmission system business consisting of its Extra-High-Voltage (380/220 kV) line network and the system operations currently run by E.ON Netz to meet the Commission's concerns on the electricity balancing markets. The High-Voltage (110 kV) line network which is also currently operated by E.ON Netz would remain with E.ON under this commitment proposal”; Notice published pursuant to Article 27(4) of Council Regulation (EC) No 1/2003 in Cases COMP/B-1/39.388 — German Electricity Wholesale Market and COMP/B-1/39.389 — German Electricity Balancing Market, DOCE C 146, 12.6.2008.

<sup>150</sup> “Commission initiates proceedings against RWE Group concerning suspected foreclosure of German gas supply markets”, MEMO/07/186, 11. 05.2007; “Commission market tests commitments proposed by RWE concerning German gas market”, MEMO/08/768, 05.12.2008; Notice published pursuant to Article 27(4) of Council Regulation (EC) No 1/2003 in Case COMP/B-1/39.402 — RWE Gas Foreclosure, DOCE C 310, 05.12.2008.

<sup>151</sup> *Vid.*, por ejemplo, Informes del TDC de 7 de marzo 2007, Exp. C-103/2007, *Mahou San Miguel/Alhambra*; de 2 de agosto 2007, Exp. C-104/2007, *Balearia/Buquebus*; y de 7 de septiembre 2007, Exp. C-105/2007, *Air Berlin/LTU*.

<sup>152</sup> Resolución del TDC de 19 de febrero de 1999, Exp. 427/1999, *Electra Caldense*, análoga a la Sentencia del TPI en el Asunto T-228/97, *Irish Sugar c. Comisión*.

<sup>153</sup> Resolución del TDC de 15 de abril 1999, Exp. 426/1998, *Azúcar*. El SDC imputó a cuatro empresas azucareras por un abuso de posición dominante colectiva pero el TDC no entró a valorar la existencia de la posición dominante colectiva por no considerar acreditado el supuesto abuso.



Agencias de Viaje<sup>156</sup>. Asimismo, al igual que la Comisión, el TDC ha aprovechado un asunto no vinculado a un comportamiento oligopolista para poner de manifiesto la aplicación del artículo 2 de la LDC a las conductas paralelas no concertadas. En el asunto Autoescuelas de Alcalá, el TDC expresó en forma de *obiter dictum* lo siguiente:

“Aunque sean muchas las autoescuelas, acordando precios y condiciones a través de la Agrupación de Autoescuelas con examen en Alcalá de Henares, actúan todas ellas con cierta uniformidad como si de un monopolio u oligopolio no competitivo se tratara y abusando de su posición de dominio colectivo”<sup>157</sup>

En todo caso, tras la confirmación por los tribunales europeos de la aplicación del artículo 82 del TCE a los comportamientos colusivos de un oligopolio, la interpretación del artículo 2 de la LDC debe ir en la misma línea<sup>158</sup>. Esta conclusión viene refrendada por la normativa española de las telecomunicaciones y la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de enero de 2009<sup>159</sup> en relación al recurso interpuesto por Telefónica Móviles contra la Resolución de 2 de febrero de 2006 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (“CMT”)<sup>160</sup>. Dicha Resolución estableció una obligación de apertura de las redes de los Operadores de Redes Móviles (ORM) para facilitar la entrada en el mercado de la telefonía móvil a operadores sin red propia (conocidos como Operadores Móviles Virtuales u OMV)<sup>161</sup>. La CMT consideró que a

<sup>154</sup> Resolución del TDC de 29 de noviembre 1999, Exp. 432/1998, *Líneas Áreas*. El SDC imputó a cuatro líneas áreas por un abuso de posición dominante colectiva pero el TDC no entró a valorar la existencia de la posición dominante colectiva por no considerar acreditado el supuesto abuso. El SDC valoró la existencia de acuerdos de interlínea entre ellas.

<sup>155</sup> Resolución del TDC de 27 de julio 2000, Exp. 465/1999, *Propiedad Intelectual Audiovisual*. El TDC consideró que las tres entidades gestoras de derechos de propiedad intelectual audiovisual ocupaban una posición dominante colectiva porque la ley les obligaba a consensuar el reparto de la remuneración única que debían satisfacer los usuarios de los derechos.

<sup>156</sup> Resolución del TDC de 25 de octubre 2000, Exp. 476/1999, *Agencias de Viaje*. El TDC sólo valoró la existencia de un acuerdo anticompetitivo pero consideró que los vínculos estructurales (empresa conjunta) y contractuales (acuerdo de no competencia) entre las agencias podían situarlas en una posición dominante colectiva.

<sup>157</sup> Resolución del TDC de 9 de marzo 2000, Exp. 461/1999, *Autoescuelas Alcalá*, FD 3º.

<sup>158</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre 2007, Rec. 2171/2002, *Asnef Equifax*, FD 2º: “No hay duda, por tanto, de la aplicación del artículo 81 del Tratado, bien sea de forma directa, bien por vía de interpretación, dado que los artículos 1 y 3 de la LDC, responden a los mismos criterios que los de aquel precepto”.

<sup>159</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de enero de 2009, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª, Sentencia de 12 Enero de 2009, rec. 307/2006.

<sup>160</sup> Resolución de la CMT por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea, BOE 40, 16.2.2006.

<sup>161</sup> La Resolución de la CMT y el litigio posterior ante la Audiencia Nacional se enmarcan en el control reglamentario de las empresas con Poder Significativo en el Mercado (“PSM”), establecido en la Directiva 2002/21 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (“Directiva Marco”). La Directiva Marco define expresamente el PSM de forma equivalente a la posición dominante en su artículo 14: “una empresa tiene peso significativo en el mercado si disfruta de una posición que permite que su comportamiento sea independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores”. Asimismo, la Directiva Marco deja en manos de la Comisión la adopción de una



pesar de que el mercado minorista de la telefonía móvil se desarrollaba en un entorno competitivo, existían “algunos problemas y deficiencias”, resumidos por la Audiencia Nacional de esta forma:

- “- Existencia de un número limitado y permanente de competidores, con licencia para el uso del espectro y, debido a ello, con estrategias competitivas muy similares. Como consecuencia de tal situación el mercado encuentra dificultades para disciplinar a dichos operadores y empujar la transferencia de las mejoras de productividad hacia los usuarios.
- Tampoco el constatable nivel de competencia alcanzado ha sido suficiente para mejorar la transparencia en facturación ni para adaptar las ofertas a las necesidades de un amplio horizonte de usuarios.
- Parece que la estructura similar de los operadores, todos ellos con licencias de espectro para distintas generaciones tecnológicas, se ha orientado principalmente, primero, a la

---

recomendación sobre mercados pertinentes de productos y servicios en el sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante y unas Directrices que faciliten a las autoridades nacionales de telecomunicaciones la definición del mercado y el análisis competitivo. En virtud de este mandato legal, la Comisión adoptó una Recomendación, de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. En la Recomendación se enumerarán los mercados cuyas características pueden justificar la imposición de las obligaciones reglamentarias establecidas en las directivas específicas. El “Mercado 15” corresponde al mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en las redes de telefonía móvil, cuyo análisis en el marco español dio lugar a la Resolución de la CMT de 2 de febrero de 2006. Asimismo, la Comisión adoptó unas Directrices sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas [DOCE C 165, 11.7.2002]. El párrafo 19 de las Directrices señala lo siguiente: “Con respecto a cada uno de estos mercados pertinentes o de referencia, las ANR valorarán si existe una competencia efectiva. Concluir que en un mercado pertinente existe competencia efectiva equivale a concluir que ningún operador disfruta individual o conjuntamente de una posición dominante en dicho mercado. Por consiguiente, a efectos de la aplicación del nuevo marco regulador, por competencia efectiva hay que entender que en el mercado pertinente no exista ninguna empresa que tenga, en solitario o junto con otra empresa, una posición dominante individual o colectiva”. La Sección 3.12., párrafos 86-106, está dedicada al análisis de la PSM (posición dominante) colectiva.

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, han transpuesto al derecho interno español este sistema de regulación del sector de las comunicaciones electrónicas consistente en la determinación de mercados, análisis de competencia, calificación, en su caso, de operadores con Poder Significativo de Mercado, y establecimiento de obligaciones *ex ante*. En particular, el artículo 3 del Real Decreto 2296/2004 identifica el PSM con la posición dominante (párrafo 2º) y, de manera novedosa, otorga reconocimiento legal a la posición dominante colectiva fundada de los oligopolios colusivos (párrafo 3º): “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá estimar que dos o más operadores tienen conjuntamente poder significativo en un mercado de referencia cuando, aun sin existir vínculos estructurales o de otro tipo entre ellos, operen en un mercado cuya estructura se considera que favorece los efectos coordinados y se presenten, frente a sus clientes y competidores, en la misma posición que tendría un solo operador con poder significativo en dicho mercado. En la práctica, la falta de competencia se puede deber a la existencia de ciertos vínculos entre los citados operadores o cuando, aun sin existir vínculos estructurales o de otro tipo entre ellos, operen en un mercado cuya estructura se considera que favorece los efectos coordinados...”.



captación de nuevos usuarios y su fidelización y, después, a la introducción de las nuevas tecnologías.

- Esta estructura y homogeneidad tiene más influencia que la propia posición que, en términos de cuota, disfrutan los agentes en el mercado.
- Todo ello ha producido una situación de precios relativamente estables en el tiempo con una tendencia a la baja que aparentemente no se corresponde con el muy superior incremento de actividad, las indudables economías de escala y alcance asociadas a la evolución del mercado, y la evolución de los costes.
- En ese sentido los usuarios no estarían recibiendo dichas mejoras de productividad que estarían (debido a deficiencias de funcionamiento del mercado) siendo retenidas por los operadores o transmitidas exclusivamente a aquellos usuarios con demandas asociadas a los nuevos servicios y terminales.
- Falta de transparencia en precios y en el modo de facturar sobre los servicios de tráfico de voz y, aunque en menor medida, datos (básicamente, SMS). Dicha falta de transparencia limita la capacidad de los usuarios para elegir de entre las ofertas aquellas que se ajusta más a sus intereses.
- Dificultad experimentada por los operadores sin recursos espectrales para competir en las actividades convergentes con los operadores móviles lo que está permitiendo, cada vez con más intensidad, que los operadores móviles hayan capturado gran parte de tráfico de dichos operadores. Dicha dificultad perjudica a los usuarios ya que limita la presencia de ofertas integradas de servicios fijos, móviles de datos y de contenidos.
- El desarrollo de un sistema de precios con abundancia de fenómenos de subvención cruzada entre los distintos servicios móviles, especialmente entre los servicios de tráfico hacia los terminales y los servicios de acceso y de los servicios off-net a los on-net. Subvenciones que limitan la capacidad de elección de aquellos usuarios, a los que no les interesan nuevos servicios, los nuevos y terminales mas sofisticados o a los que sus hábitos o sus condiciones les impulsan a mantener correspondientes en distintas redes móviles y fijas.”<sup>162</sup>

La interdependencia de los ORM en el mercado minorista se reflejaba asimismo en el mercado mayorista, de forma que ninguno de ellos tenía incentivos económicos para ofrecer acceso a sus redes a terceros operadores (OMV), por lo que la CMT concluyó que los ORM Telefónica, Vodafone y Orange disfrutaban de una situación de PSM (posición dominante) colectiva en el mercado mayorista de telefonía móvil y debían abrir sus redes a terceros en condiciones razonables. La Sentencia de la Audiencia Nacional ha ratificado la Resolución de la CMT y ha clarificado indirectamente el alcance de la posición dominante colectiva prevista en el artículo 2 de la LDC. En primer lugar, la Audiencia Nacional ha admitido que la existencia de un entorno competitivo no excluye necesariamente la presencia de “deficiencias” competitivas de tipo oligopolista<sup>163</sup>. En segundo lugar, la Audiencia Nacional ha matizado que la

<sup>162</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, F.J. 2º, Apartado 2º (“Condiciones de competencia en el mercado definido y presencia en él de operadores con poder significativo (PSM)”, Letra A (“Situación del mercado minorista como elemento referencial para el análisis del mayorista”)).

<sup>163</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, F.J. 7º, Apartado 1º (Existencia y declaración expresa de la presencia de adecuados niveles de competencia en el mercado minorista): “En suma, aunque ciertamente la recurrente alega y argumenta con suficiencia ciertos hechos que permiten afirmar la existencia de



exigencia de barreras de entrada no se circunscribe exclusivamente a los mercados inexpugnables<sup>164</sup>. Asimismo, ha constatado, frente a las alegaciones de Telefónica Móviles<sup>165</sup>, que la celebración de un concurso para adjudicar espectro radioeléctrico en abril de 2005 no es indicativa de la ausencia de barreras de entrada, porque la estructura competitiva del mercado incentiva las ofertas de los incumbentes (y desincentiva las ofertas de los terceros)<sup>166</sup>. En tercer lugar, la Audiencia Nacional ha confirmado que la PSM (colectiva) es en esencia una posición dominante (colectiva) y, por lo tanto, deben seguirse los criterios de análisis y la jurisprudencia de la normativa de competencia<sup>167</sup>.

---

algunas buenas condiciones de competencia, eso no impide que haya otros aspectos - «problemas y deficiencias»- que legitiman la intervención pública.”

<sup>164</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, F.J. 7º, Apartado 2º (“Condiciones del mercado mayorista, suficiencia y validez de los criterios (número de competidores, transparencia y barreras) y como consecuencia declaración de poder significativo de mercado”): “Este conjunto de alegaciones tampoco pueden ser acogidas por el Tribunal ya que en ningún momento la Administración habla de insalvabilidad de las barreras sino que se refiere a condiciones estructurales adversas que prefiguran un panorama en el que la racionalidad empresarial hace improbable o muy difícil la presencia de nuevos operadores.”

<sup>165</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, F.J. 7º, Apartado 2º (“Condiciones del mercado mayorista, suficiencia y validez de los criterios (número de competidores, transparencia y barreras) y como consecuencia declaración de poder significativo de mercado”): “Y con especial significación se refiere la actora al concurso celebrado en abril de 2005 para la adjudicación de espectro (2x10 MHz) en la banda GSM 900 para el cual sólo los operadores presentes presentaron ofertas, de lo cual se evidenciaría, siempre en las tesis de la recurrente, que no existiría demanda real de espectro, cosa que, al final, permitiría minimizar la magnitud de las pretendidas «barreras».”

<sup>166</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, F.J. 7º, Apartado 2º (“Condiciones del mercado mayorista, suficiencia y validez de los criterios (número de competidores, transparencia y barreras) y como consecuencia declaración de poder significativo de mercado”): “Por otra parte las causas de tal ausencia de licitadores en el concurso aludido (cuestión que sí sería prima facie relevante) son explicadas por el Abogado del Estado en su contestación a la demanda sin que todas esas razones hayan sido contradichas en conclusiones por la recurrente ni practicada prueba alguna en orden a desvirtuarlas.

Pues bien, tales razones, que lejos de excluir la presencia e barreras abonan, al contrario, la idea de su real existencia son: (i) los operadores ya presentes tenían sus redes desplegadas de manera que con este concurso obtenían una ventaja económica suplementaria a sus posibles oponentes cual era la mejora de las prestaciones y capacidades de sus redes; (ii) tales agentes operaban en un mercado que les reportaba unos niveles de rentabilidad muy altos y estables en el tiempo, lo cual les otorgaba una fortaleza financiera superior a la hora de pujar en el concurso por esas licencias; (iii) los lotes de frecuencias que se sacaban a concurso no permitían al nuevo entrante competir en las mismas condiciones que sus operadores «incumbentes» ya que la calidad de las comunicaciones que podría ofrecer en zonas de gran densidad poblacional iba a ser muy baja; el términos geográficos podría alcanzar una cobertura nacional pero debería completar ese despliegue con estaciones base que operaran sobre la banda 1800 para prestar servicio en las zonas de gran densidad y tráfico Todo ello incorpora una explicación razonable, plausible y no contradicha de lo acontecido en tal concurso, que lleva abundar en la percepción de la real presencia de todas esas barreras.” Las barreras de entrada en los concursos han sido estudiadas por numerosos economistas, entre los que puede destacarse el economista de la Universidad de Oxford y diseñador del concurso de licencias de 3ª Generación en el Reino Unido, Paul Klemperer (miembro de la Competition Commission del Reino Unido de 2001 a 2005), “Bidding markets”, Journal of Competition Law and Economics, 2007, 3, 1-47.

<sup>167</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, F.J. 7º, Apartado 3º (“Legislación y jurisprudencia aplicables a la declaración de poder significativo de mercado y en especial a su declaración con carácter colectivo”), Letra A (“Poder Significativo de Mercado”): “De la transcripción de tales Directrices [de la Comisión] obtenemos: a) que la calificación de Operador con Poder Significativo de Mercado ha de hacerse con arreglo a los criterios establecidos por el Derecho de la Competencia; y b) que el concepto jurisprudencial de «operador dominante» coincide con el de Poder Significativo de Mercado del art. 14 de la Directiva Marco”. Asimismo, Letra B (“Poder significativo colectivo y dominancia conjunta”): “No es



Por último, la Audiencia Nacional ha validado el análisis competitivo de la CMT, concluyendo que el mercado minorista de la telefonía móvil es un oligopolio “estrecho” (colusivo) que justifica la existencia de una posición dominante colectiva de los tres operadores principales y la imposición de remedios *ex ante*:

“Pues bien, tal cosa concurre en el mercado de autos, el cual, por su estructura de «oligopolio estrecho» (Sentencia Gencor, del TPI), limitación de operadores, escasez de espectro y fuerte transparencia, merece la consideración de un mercado que favorece los efectos coordinados.

Para ello no es necesaria la existencia de acuerdo o pacto de clase alguna entre operadores que, de producirse, nos llevaría a una calificación de las conductas producidas como colusorias y a la aplicación de un régimen jurídico distinto al realizado en este caso, sino sólo, como decimos, la existencia de condiciones tales en un oligopolio estrecho que favorezca los efectos coordinados.”<sup>168</sup>

Por otra parte, en relación al artículo 1 de la LDC, debe recordarse que la LDC es una de las pocas legislaciones de competencia que extiende expresamente la aplicación de la normativa relativa a los acuerdos y prácticas concertadas anticompetitivos (artículo 1 de la LDC), a las “prácticas conscientemente paralelas”. En el asunto “películas de vídeo”, el TDC asoció la “práctica conscientemente paralela” a la conducta oligopolista descrita en la teoría económica:

“comportamiento armonizado de varias empresas en el mercado, sin que medie un acuerdo expreso o tácito entre las mismas, que es simple consecuencia de desarrollar cada una de ellas las respectivas actuaciones con el propósito de evitar la discordancia, conociendo cada una previamente los fines y medios de las demás.”<sup>169</sup>

Sin embargo, desde un punto de vista metodológico, es preferible aplicar el análisis previsto en el artículo 2 de la LDC para determinar la existencia de un oligopolio colusivo, sin perjuicio de que sus conductas abusivas puedan ser remediadas en el marco del artículo 1 o del artículo 2 de la LDC.

Por último, el artículo 53 de la LDC regula los remedios aplicables en materia de defensa de la competencia, contemplando tanto las condiciones de conducta como las estructurales, si bien estas últimas “sólo podrán imponerse en ausencia de otras de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir condiciones de

---

objeto de debate en el presente litigio la legitimidad de que esa condición de Operador con Poder Significativo de Mercado alcance conjunta o colectivamente a diversas empresas.

Tal cosa es permitida tanto por el art. 82 del Tratado CE («una o varias empresas») como por el art. 2.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia («Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas [las cursivas son nuestras] de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional»).<sup>168</sup>

<sup>168</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional, F.J. 7º, Apartado 3º (“Legislación y jurisprudencia aplicables a la declaración de poder significativo de mercado y en especial a su declaración con carácter colectivo”), Letra A (“Poder Significativo de Mercado”).

<sup>169</sup> Resolución del TDC de 11 de mayo 1998, Exp. 387/1996, *Películas de Vídeo*, FD 4º. El TDC reiteró esta definición en su Resolución de 12 de febrero 2001, Exp. R 437/2000, *Laboratorios Farmacéuticos*, FD 3º.



comportamiento, éstas resulten más gravosas para la empresa en cuestión que una condición estructural”.



## 8 La competencia en la distribución minorista de bienes de consumo diario

Los servicios ofrecidos por la distribución minorista compiten en al menos dos parámetros: la localización y la calidad/precio del servicio. El parámetro espacial de competencia implica que ningún establecimiento es un sustituto perfecto de otro a los ojos de un consumidor. Por ello, cada establecimiento comercial posee un cierto grado de poder de mercado, si bien condicionado por la presencia en un ámbito geográfico próximo de otros establecimientos con una relación calidad/precio análoga. A mayor proximidad, mayor relación de sustitución. En suma, la distribución comercial responde al modelo de competencia imperfecta y la localización espacial es un parámetro de competencia que adquiere una relevancia significativa y, en algunos casos, decisiva.

### 8.1 Marco de análisis

La práctica de la Comisión en este campo viene reflejada en sus Decisiones Kesko/Tuko, Rewe/Meinl y Carrefour/Promodès.

En el asunto Kesko/Tuko, la Comisión estimó que la empresa fusionada controlaría aproximadamente un 55% de las ventas minoristas de bienes de consumo diario en autoservicio. Las cuotas de mercado eran las siguientes:

	Sales MEcu	%
Kesko (incl. Stockmann)	3 564,3	39,9
Tuko (incl. Wihuri & Sentera)	1 753,9	19,7
SOK	1 958,3	21,9
Tradeka/Elanto	1 087,0	12,2
Others	561,6	6,3
<b>TOTAL</b>	<b>8 925,1</b>	<b>100</b>

Fuente: Decisión kesko/Tuko, p. 23

La Comisión concluyó que la fusión crearía una posición dominante en virtud de la elevada cuota de mercado de la empresa fusionada, así como otras ventajas competitivas derivadas de (a) su liderazgo en el segmento de grandes establecimientos (>1.000 metros cuadrados); (b) su control de espacios en centros comerciales, (c) sus tarjetas de fidelización; (d) su presencia en marcas blancas; (e) su sistema de distribución; y (f) su liderazgo en el mercado de aprovisionamiento.

En la Decisión Rewe/Meinl, la Comisión consideró que la fusión crearía una posición dominante de la entidad fusionada y exigió desinversiones significativas<sup>170</sup>. Las cuotas de mercado eran las siguientes:

<sup>170</sup> Decisión Kesko/Tuko, párrafo 106: “The combined market share of Kesko and Tuko of at least 55 %, whether assessed at local, regional or national level creates a presumption of dominance. This presumption is further strengthened by Kesko's and Tuko's position as regards large retail outlets, their



Empresa	Cuota de mercado con almacenes de descuento	Cuota de mercado sin almacenes de descuento
Rewe/Billa	[27-33]%	[33-38]%
Meinl	[5-10]%	[5-10]%
Spar	[23-28]%	[27-32]%
ADEG	[8-13]%	[10-15]%
Hofer	[<15]%	
Löwa	[<10]%	[<10]%
Otros	[<10]%	[<10]%

Fuente: Decisión Rewe/Meinl, p. 7

La cuota de la entidad fusionada no hubiera superado el 50% (un 33-43% incluyendo los almacenes de descuento y un 38-48% excluyéndolos), pero la Comisión tuvo en cuenta, en particular, que (a) Rewe era el líder del mercado (párrafo 22 y ss.); (b) la fusión hubiera aumentado las distancias con sus competidores (párrafo 28 y ss.); (c) las empresas fusionadas eran los principales distribuidores en la región más importante de Austria (párrafos 31 y ss.); (d) las empresas fusionadas estaban especialmente presentes en el segmento de grandes superficies (párrafos 37 y ss.) y en zonas metropolitanas (párrafos 42 y ss.); (e) Rewe era una empresa gestionada de modo centralizado, a diferencia de sus competidores (párrafos 49 y ss.); y (f) la posición dominante de la empresa fusionada en el mercado de aprovisionamiento hubiera reforzado su ventaja competitiva en el mercado de distribución (parrafo 54 y ss.).

En la Decisión Carrefour/Promodès, la Comisión analizó el mercado de la distribución minorista en Francia y España.

En relación a Francia, la Comisión constató que la cuota del mercado nacional de la empresa fusionada hubiera aumentado hasta un 25-30%<sup>171</sup>. Las cuotas de mercado eran las siguientes:

---

control of a significant part of all business premises suited for retail outlets in Finland, their customer loyalty schemes and private label products, their distribution systems and, not least, by the position of their central organs as buyers of daily consumer goods.”

<sup>171</sup> Si bien la empresa sólo hubiera liderado algunas zonas regionales: región parisina Centro-este y Sudeste (Decisión Carrefour/Promodès, párrafo 40).



Entreprises	Parts (en surface de magasins)	Parts (en chiffre d'affaires)
Carrefour	[10-15%]	[12-17%]
Promodes	[8-13%].	[8-13%]
Carrefour/Promodes	[25-30%]	[25-30%]
Intermarché	[15-20%]	[12-17%]
Casino	[12-17%]	[10-15%]
Leclerc	[10-15%]	[15-20%]
Auchan	[5-10%]	[10-15%]
Système U	[5-10%]	[5-10%]
Cora/Match	[5-10%]	[<5%]
Autres	[<10%]	[<5%]

Fuente: Decisión Carrefour/Promodès, p. 9.

La Comisión estimó que, a diferencia del escenario contemplado en la Decisión Rewe/Meinl, en Francia existían competidores activos en el ámbito nacional de una estructura y fuerza competitiva equiparables a la entidad fusionada, por lo que no podía concluirse que la fusión daría lugar a una posición dominante individual en el mercado de la distribución<sup>172</sup>.

Sin embargo, la Comisión concluyó que la fusión daría lugar a una posición dominante en el mercado de aprovisionamiento<sup>173</sup> y, en virtud de la mutua interdependencia entre ambos mercados, consideró que la entidad fusionada extendería su posición dominante en el mercado de aprovisionamiento al mercado de la distribución<sup>174</sup>. Asimismo, la Comisión analizó por primera vez la posible creación de una posición dominante colectiva en el mercado de aprovisionamiento<sup>175</sup>.

<sup>172</sup> *Vid.*, Decisión Carrefour/Promodès, párrafo 43: “On doit cependant noter qu’en France, à la différence, par exemple, de la situation du marché autrichien (voir affaire M 1221 Rewe/Meinl), il existe un certain nombre de concurrents actifs au niveau national et disposant de parts importantes comme Leclerc (12-17%), Intermarché (12-17%), mais également Auchan (10-15%) Casino (10-15%) ou Cora (<10%). Bien que les parties soient numéro un sur le format « hypermarché » (25-35%), Leclerc et Auchan ont respectivement des parts de (20-30)% et (15-20)%. Sur la base de ces parts de marché, l’on pourrait donc conclure, en considérant le marché aval indépendamment des développements éventuels sur le marché amont (vois ci-après), que la présente concentration ne mènera pas à la création d’une position dominante des parties sur le marché aval au niveau national”.

<sup>173</sup> *Vid.*, *infra* Sección 9.1 de este Estudio. Curiosamente, la Comisión utilizó en el mercado de aprovisionamiento el mismo análisis competitivo realizado en la Decisión Rewe/Meinl en relación al mercado de la distribución minorista.

<sup>174</sup> *Vid.*, Decisión Carrefour/Promodès, párrafo 87: “Les parts et volumes d’achat importants de Carrefour, combinés à certains atouts dont disposera le nouveau groupe sur l’aval, pourraient entraîner la création d’une situation qui conférerait à la nouvelle entité des avantages permanents en terme de conditions commerciales par rapport à ses rivaux. Une telle situation pourrait permettre à Carrefour de creuser encore l’écart avec ses concurrents sur les marchés de l’amont ce qui aurait pour effet mécanique de renforcer ainsi sa position à l’aval. Le renforcement des positions à l’aval aura lui-même un effet d’entraînement sur les positions à l’amont et ainsi de suite (voir supra, paragraphes 45 et 46).”

<sup>175</sup> *Vid.*, *infra* Sección 9.1 de este Estudio.



En relación a España, si bien la Decisión de reenvío Carrefour/Promodès había remitido al TDC el análisis de los mercados locales de la distribución minorista, la Comisión también consideró oportuno analizar la competencia en la distribución nacional y regional, por su estrecha relación con el mercado de aprovisionamiento. Por ello, el análisis competitivo de la Comisión se solapó en cierta manera con el del TDC y las estimaciones de las cuotas de mercado varían según las fuentes. En todo caso, según las diferentes estimaciones realizadas por el TDC y la Comisión, la cuota de mercado agregada de la empresa fusionada en el ámbito nacional hubiera variado entre un 23,6% y un 30,7%, según las diferentes fuentes y métodos de cálculo. Las cuotas de mercado, en términos de facturación, estimadas por el TDC tomando como referencia los datos de la Consultora Alimarket eran las siguientes:

Cuadro nº 11.

PRINCIPALES CADENAS DE DISTRIBUCIÓN MINORISTA EN ESPAÑA. 1998

EMPRESA	FACTURACIÓN 1998 (MILLONES DE PTAS)	CUOTA DE MERCADO <sup>(1)</sup> (%)
G. PROMODÈS	908.934	14,4
C.C. PRYCA	595.324	9,2
G. EROSKI	643.663	9,9
G. AUCHAN	437.305	6,7
HIPERCOR/C I	417.033	6,4
MERCADONA	336.195	5,2
UNIGRO	194.830	3
SUPERDIPLO	174.741	2,7
CAPRABO	158.000	2,4
MAKRO	138.191	2,1
DADISA	138.000	2,4
LIDL	92.500	1,4
AHOLD	76.496	1,2

(1) Se ha tomado como denominador 6,5 billones de pesetas.

Fuente: Elaboración propia partiendo de datos de ALIMARKET. Octubre 1999.

Nota: El grupo resultante de la fusión se colocaría, a nivel nacional con una cuota de mercado del 23 %. La cuota del siguiente operador, ALCAMPO, supone un tercio de la del líder.

Fuente: Resolución Carrefour/Promodès, p. 56, tomando como referencia los datos de Alimarket, octubre 1999.

El TDC también estimó, tomando como referencia a Alimarket, las cuotas de mercado en términos de superficie de ventas:



Cuadro nº 12.

**CUOTAS DE MERCADO POR M<sup>2</sup> DE LAS PRIMERAS EMPRESAS**

EMPRESA	TOTAL M <sup>2</sup>	Cuota de Mdo (1)	ENSEÑAS
PROMODÈS	1.040.218	14,06	Continente, Dia, Simago, Champion
CARREFOUR	743.421	10,05	Pryca, Supeco, Maxor, Super Stop, Maxim
EROSKI	675.434	9,13	Consum, Erosmer, Maxi, Eroski
AUCHAN	449.249	6,07	Alcampo, Sabeco
UNIGRO	326.780	4,42	El Arbol, Superspar
MERCADONA	312.548	4,23	Mercadona
CAPRABO	235.355	3,18	Caprabo
SUPERDIPLO	226.101	3,06	Ecore, Ecoahorro, Supersol, Hiperdino
EL CORTE INGLES	223.690	3,02	Hiperkor, El Corte Inglés
LIDL AUTOSERVICIOS	162.616	2,20	Lidl

(1) Se han tomado como denominador 7.396.954 m<sup>2</sup> de superficie de libreservicio según Alimarket.

Fuente: Resolución Carrefour/Promodès, p. 57, tomando como referencia los datos de Alimarket, marzo 1999.

Por otra parte, las cuotas de mercado, en términos de facturación, estimadas por el TDC aumentaban significativamente si se tomaban como referencia los datos de la Consultora Nielsen:

Cuadro nº 13.

**PARTICIPACIONES DE MERCADO. MERCADO TOTAL PRODUCTOS GRAN CONSUMO. Ventas ( Mill. ptas) a precio consumidor.**

	UNIVERSOL NIELSEN LIBRE SERVICIO (26.000 tiendas)			
	VENTAS	%	VENTAS	%
GRUPO CARREFOUR		31,7		
GRUPO EROSKI		11,3		
GRUPO ALCAMPO		8,8		
GRUPO CORTE INGLÉS		7,9		
<b>TOTAL TOP 4</b>		<b>59,7</b>		
<b>TOTAL MERCADO</b>		<b>100</b>		

Fuente: Resolución Carrefour/Promodès, p. 58, tomando como referencia los datos de Nielsen.

Por otra parte, la Comisión había estimado una cuota de mercado agregada para la empresa fusionada de un 25-30%:

Entreprises	Part de marché (en surface de magasins)	Part de marché (en chiffre d'affaires)
Carrefour	(5-10)%	(8-13)%
Promodes	(8-13)%	(15-20)%
<b>Carrefour/Promodes</b>	<b>(15-20)%</b>	<b>(25-30)%</b>
Groupe Auchan	(<5)%	(5-10)%
Hiperkor	(<5)%	(5-10)%
Eroski	(5-10)%	(5-10)%
Mercadona	(<5)%	(5-10)%
Caprabo	(<5)	(<5)%
Superdiplo	(<5)%	(<5)%

Fuente: Decisión Carrefour/Promodès, p. 27.



En suma, puede considerarse que la empresa fusionada hubiera adquirido una cuota de mercado en el ámbito nacional de un 25-30%.

En relación al análisis de la competencia en el mercado español de la distribución minorista, la Decisión Carrefour/Promodès constató que la fusión podía reforzar el liderazgo de la empresa fusionada (con una cuota tres veces superior a la de sus competidores inmediatos, Auchan, Eroski y el Corte Inglés), y consideró que la entrada de nuevos operadores y, en particular, la apertura de nuevos establecimientos de más de 2.500 metros cuadrados se enfrentaba a barreras legales (párrafo 114). La Comisión también estimó que la empresa fusionada se beneficiaría de su presencia en todos los formatos comerciales de autoservicio y de una presencia mayoritaria en el segmento más productivo: el hipermercado (párrafos 116-118). Sin embargo, la Comisión consideró que sus competidores inmediatos eran empresas importantes que estaban en disposición de competir efectivamente contra la empresa fusionada en el ámbito de las tarjetas de fidelización, las campañas de publicidad y los recursos financieros, ayudados por las barreras legales a la entrada de operadores de las que ellos también se beneficiaban (párrafos 119-122). Por último, la Comisión también constató que, además de los competidores de ámbito nacional, también existían distribuidores de ámbito regional que estaban en disposición de expandirse para competir contra la empresa fusionada (párrafo 124).

En paralelo al análisis del mercado nacional llevado a cabo por la Comisión, el Informe Carrefour/Promodès del TDC valoró los efectos de la fusión sobre la competencia en mercados locales en función de un doble criterio: la localización de los hipermercados de los dos grupos empresariales que se concentraban y la localización de las zonas geográficas en las que se producía concentración de alguna de las enseñas de cada grupo (p. 44). El análisis identificó tres categorías de efectos, según zonas, de la concentración. El Grupo I comprendía las zonas en las que los niveles de concentración eran elevados pero no respondían a incrementos de cuota, ya que una de las dos enseñas no estaba presente, o bien se trataba de zonas donde la cuota final del grupo resultante no resultaba importante. El Grupo II agrupaba las zonas en las que la cuota resultante del grupo concentrado era elevada pero no restringía la competencia dada la presencia de importantes competidores en la zona. El Grupo III recogía las zonas en las que por sus características estructurales el TDC consideró que la operación de concentración obstaculizaba el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado (p. 44):



CUADRO N° 10.

MERCADOS LOCALES CLASIFICADOS EN EL GRUPO III. (CUOTA MERCADO m<sup>2</sup>)

ZONA	Enseña Presentes del Grupo CARREFOUR	Cuota mercado Libreservicio Grupo C/P	Cuota Mercado Libreservicio/Competidor
Algeciras	PRYCA, CONTINENTE, DIA	35,4%	11,7% CONSUM
Cádiz			
San Fernando	PRYCA, DIA, CHAMPION	24,2%	34,5% SUPERSOL (753 m <sup>2</sup> )
Puerto Sta María	PRYCA, DIA	30,1%	33,46% SUPERSOL (886 m <sup>2</sup> )
Jerez	PRYCA, CONTINENTE, CHAMPION	27,9%	16,8% SUPERSOL (1122 m <sup>2</sup> )
Málaga	PRYCA, CONTINENTE, DIA	30,8%	16,6% SUPERSOL (665 m <sup>2</sup> )
Sevilla	PRYCA, CONTINENTE, DIA	18,4%	23,8% SUPERMAS (726 m <sup>2</sup> )
Palma Mallorca	PRYCA, CONTINENTE, DIA	24,2%	33,5% SYP (478 m <sup>2</sup> )
Murcia	PRYCA, CONTINENTE, DIA	35,1%	23,7% MERCADONA (163 m <sup>2</sup> )
Cartagena	PRYCA, CONTINENTE, DIA	33,2%	28,1% SUPERQUÉ (1000 m <sup>2</sup> )
Villés	PRYCA, CONTINENTE, DIA	29,1% (39,2%)	32,6% ALIMERKA (586 m <sup>2</sup> )
Madrid			
Norte	PRYCA, CONTINENTE, CHAMPION, DIA	34,7%	19,6% ALCAMPO
Barcelona			
Norte	PRYCA, CONTINENTE, CHAMPION, DIA	45,6%	13,8% CONDIS
Vallés Occidental			
Tarrasa	PRYCA, CONTINENTE, SUPECO, MAXOR, DIA	31,4%	8,5% CAPRABO (689 m <sup>2</sup> )
Barberá	PRYCA, CONTINENTE, SUPECO, DIA	37,4%	11,1% DISTOP (363 m <sup>2</sup> )
Bages	PRYCA, SUPECO, DIA	42,0%	14,9% LLOBET (225 m <sup>2</sup> )
Lérida (30)	PRYCA, CHAMPION, DIA	33,2%	31,7% PLUSFREC (m <sup>2</sup> )
Girona	MAXIM, MAXOR, SUPERSTOP, DIA	25,3%	26,3% CAPRABO
Cassà	SUPERSTOP	72,7	27,3% CAPRABO
Salt	MAXOR, DIA	35,8%	21,5% CONSUM
Figueres	MAXIM, MAXOR, DIA	35,8%	19,1% CAPRABO
L'Escala	MAXIM, MAXOR, DIA, SUPERSTOP	78,2%	--
Roses	MAXIM, MAXOR, DIA	63,01%	14,7% INTERMARCHE
Palamós	SUPERSTOP, DIA	69,7%	18,4% INTERMARCHE
Sant Feliu	SUPERSTOP, DIA	28,1%	46,2% CAPRABO
Castell-P.D'Aro	SUPERSTOP, DIA	49,7%	15,9% EUROSUPER
Palafrugell	SUPERSTOP, DIA, MAXOR	60,7%	24,3% CAPRABO
Dió	MAXIM, MAXOR, DIA	33,2%	22,5% MAXI
Vic	MAXIM, DIA	23,1%	17,3% BON PREU
Manlleu	MAXIM, DIA	27,2%	16,7% BON PREU
Valencia	PRYCA, CONTINENTE, DIA	27,3%	31,7% MERCADONA (916 m <sup>2</sup> )
Burgos	PRYCA, CONTINENTE, DIA	32,0%	29,9% SPAR (680 m <sup>2</sup> )
Valladolid	PRYCA, CONTINENTE, DIA, CHAMPION	29,2%	23,9% EL ARBOL (498 m <sup>2</sup> )
Palencia	PRYCA, CHAMPION, DIA	41,4%	44,7% EL ARBOL (565 m <sup>2</sup> )
Badajoz	PRYCA, CONTINENTE, CHAMPION, DIA	40,0%	23,7% EL ARBOL (426 m <sup>2</sup> )

Fuente: Resolución Carrefour/Promodès, pp. 46-47.

De este modo, el TDC procedió a un análisis competitivo de cada mercado local:

Algeciras-La Línea-Los Barrios (Zona 2)<sup>176</sup>

El TDC consideró que el potencial de mercado era de 3 hipermercados, número que coincidía con los hipermercados operativos, todos ellos de la empresa fusionada. Asimismo, el TDC consideró que “la ubicación tan próxima de dos hipermercados de Continente revela una estrategia de carácter defensivo más que de captación de clientes”. La cuota en superficie de sala de ventas para esta zona del grupo resultante era

<sup>176</sup>

Informe Carrefour/Promodès, pp. 47-48.



del 33,9% según estimaciones del TDC (30,5% según el notificante). En valor, la estimación del TDC era de 59,2% produciéndose un aumento de 10,2 puntos porcentuales. Por ello, el TDC propuso la venta de un hipermercado<sup>177</sup>.

## 2. Cádiz-Jerez-Puerto de Santa María- San Fernando (Zona 3)<sup>178</sup>

El TDC consideró un potencial de mercado para 8 hipermercados, cifra que coincidía con los hipermercados ya existentes (1 de ellos en proyecto), de los que 4 hubieran correspondido a la empresa fusionada. Por ello, el TDC consideró que “no es fácil que se establezcan nuevas enseñas, especialmente si tras la fusión se permite que 4 de estos 8 hipermercados pertenezcan al mismo grupo”. Asimismo, la cuota en superficie considerando toda la zona era de 18,7% según el notificante y de 25-30% según el TDC. En todo caso, el TDC consideró que existía “una posición dominante en el segmento de los hipermercados, máxime teniendo en cuenta que se trata de un mercado prácticamente maduro, entendiendo por tal aquél que ha alcanzado el número de establecimientos económicamente viables”. Por ello, propuso la venta de un hipermercado.

## 3. Málaga (Zona 6)<sup>179</sup>

El TDC contabilizó 5 hipermercados en Málaga y zonas límitrofes, de los que cuatro pertenecían a la empresa fusionada y uno a Eroski. Las estimaciones del TDC eran de 30,8 % de cuota en superficie para Málaga capital y del 25,2% para la zona de Málaga. En valor, las cuotas eran, respectivamente, de 29,1 y 26,4%. El TDC consideró que se produciría un deterioro de la competencia:

“Las cuotas estimadas no revelan por si mismo una situación de deterioro sensible de las condiciones de competencia, a no ser que, como sucede en Sevilla, se observe que en el segmento de hipermercados la cuota pasaría a ser del 48,9 %. El número teórico de hipermercados, de acuerdo con los 820.000 habitantes de la zona ampliamente definida, sería de unos 10. Si se considera solamente los 528.000 habitantes del municipio de Málaga este número se reduce a alrededor de 6. Por tanto, es claro el deterioro de las condiciones de competencia máxime al observar que tras la fusión se produce un incremento de cuotas de mercado de 10,9% puntos porcentuales.” Por ello, el TDC propuso la venta de un hipermercado.

## 4. Sevilla (Zona 7)<sup>180</sup>

El TDC centró su análisis en dos zonas diferenciadas (Sevilla casco urbano y zona de influencia; y Camas-San Juan de Aznalfarache). Las cuotas de la empresa fusionada eran del 37,7% superficie y del 32,2 % en valor en la zona Camas- San Juan de Aznalfarache; y del 20,4 % en superficie y 33,6 % en valor en Sevilla casco urbano. El TDC estimó un potencial de mercado para 12 hipermercados, mientras que ya estaban operativos 9, de los cuales 6 eran del grupo Carrefour (54,41 % en superficie), 2 de

<sup>177</sup> La Ley 16/89 de Defensa de la Competencia, antecesora de la actual LDC, establecía que el Informe del TDC en sede de control de concentraciones debía ser elevado al Gobierno, a quien correspondía la última palabra en relación a la concentración notificada.

<sup>178</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 48.

<sup>179</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 49.

<sup>180</sup> Informe Carrefour/Promodès, pp. 49-50.



Hipercor y 1 de Alcampo. En la zona era importante la presencia del Grupo Hermanos Martín, pero su mayor establecimiento no superaba los 2.500 m<sup>2</sup>, siendo su media de unos 800 m<sup>2</sup>. Por ello, el TDC consideró que “la presente operación de concentración implicaría una importante disminución de la competencia efectiva en esta zona” y propuso la venta de un hipermercado.

#### 5. Palma de Mallorca (Zona 9)<sup>181</sup>

El TDC constató que la empresa fusionada controlaba tres hipermercados en el área urbana y colindante de Palma de Mallorca, frente a un único competidor de la enseña Alcampo. Asimismo, las cuotas en superficie eran del 24,2 % y del 34,8 % en valor. El TDC propuso la venta de un hipermercado en vista de que “en Palma de Mallorca se encuentra prácticamente saturado el segmento de los hipermercados, y esta situación se agrava por la legislación autonómica, dada la existencia minoritaria en el otorgamiento de licencias de grandes establecimientos comerciales para toda la isla”.

#### 6. Murcia (Zona 13)

El TDC estimó que la empresa fusionada tendría una cuota del 31,9 % o del 35,5 % (capital más zonas próximas) en valor. El TDC estimó un potencial de mercado de 5-6 hipermercados y la empresa fusionada controlaba 4 de los 5 hipermercados ya existentes y tenía licencia para un nuevo hipermercado. Por ello, el TDC propuso la venta de un hipermercado.

#### 7. Cartagena (Zona 14)<sup>182</sup>

El TDC estimó un potencial de mercado para 2 hipermercados, cifra que coincidía con los 2 hipermercados existentes, ambos de la empresa fusionada. Eroski había solicitado una licencia en San Javier “a unos veinte minutos de Cartagena”. Las cuotas de mercado para el municipio de Cartagena eran del 33,2 % de superficie y del 44,3 % de valor, según el Tribunal. El TDC propuso la venta de un hipermercado.

#### 8. Avilés (Zona 15)<sup>183</sup>

El TDC constató que la apertura prevista de otro hipermercado aumentaría la cuota de mercado a un 39,2% y “dado el nivel tan elevado de hipermercados que existen en las otras dos zonas geográficas próximas, Gijón y Oviedo, no será muy plausible la instalación en un futuro próximo de un nuevo competidor si se produce la nueva apertura prevista”. Por ello, el TDC propuso la no apertura del hipermercado previsto.

#### 9. Madrid Norte (Zona 19)<sup>184</sup>

El Tribunal estimó una cuota en superficie del 34,7 % y del 41 % en valor para la empresa fusionada, que controlaba 2 de los 3 hipermercados existentes y planeaba abrir un tercero. Por ello, el TDC propuso la venta de un hipermercado.

#### 10. Barcelona Norte (Zona 22)<sup>185</sup>

<sup>181</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 50.

<sup>182</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 51.

<sup>183</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 51.

<sup>184</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 51.

<sup>185</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 52.



El TDC constató que la empresa fusionada controlaba 4 de los 6 hipermercados existentes (incluyendo 2 hipermercados en proyecto, uno de la empresa fusionada) y tenía una cuota en superficie del 45,5%. Por ello, el TDC propuso la no apertura del hipermercado previsto.

11. Vallès Occidental (zona 24)<sup>186</sup>

El TDC acometió la desagregación en dos mercados locales (Tarrasa y Sabadell por un lado y Barberá por el otro), si bien consideró que existía un solapamiento competitivo. En la zona de Tarrasa la empresa fusionada controlaba los dos hipermercados existentes y en la zona de Barberá 2 de los 3 hipermercados. Las cuotas de mercado en superficie de sala de ventas eran, según las estimaciones del Tribunal, de 31,4 % y 37,4 % para las dos desagregaciones. En valor, estas cuotas eran del 41,4 % y del 50,6 %. Por ello, el TDC propuso la venta de un hipermercado en cada zona.

12. Bages (Zona 27)<sup>187</sup>

El TDC estimó una cuota de mercado del 32,4 % en superficie de sala de ventas según Nielsen y del 64,5% en valor según su propio cálculo. No había solapamiento en hipermercados (los dos existentes pertenecían al adquirente), pero aun así el TDC consideró que “la alta cuota antes de la fusión revela ya una concentración de mercado muy elevada previa a la fusión” y propuso la venta de un hipermercado.

13. Lérida (Zona 30)<sup>188</sup>

En el municipio de Lérida el grupo resultante de la operación operaba “el hipermercado Pryca, un establecimiento de la enseña Champion, con 2.496 m<sup>2</sup> y varias tiendas DIA”, siendo su cuota de mercado del 33,2 % en superficie y del 33,8 % en valor. El TDC propuso la venta del establecimiento Champion.

14. Gerona (Zonas 31, 32, 35 y 36)<sup>189</sup>

El TDC estimó que la empresa fusionada alcanzaría una elevada cuota de mercado en toda la provincia lo que, sumado a su fuerte presencia en Cataluña, hacía necesario la desinversión de su cadena de supermercados Maxim, de ámbito catalán.

15. Valencia (Zona 40)<sup>190</sup>

El TDC estimó que la empresa fusionada controlaba 5 de los 9 hipermercados existentes (incluyendo 1 hipermercado competidor en proyecto). Su cuota de mercado en superficie era de un 24,4 %, inferior a la cuota del líder Mercadona (32,9 %), que operaba supermercados de 916 m<sup>2</sup> de media. El TDC consideró que existía un potencial de mercado para unos 9 hipermercados en el municipio de Valencia y unos 6 más en los municipios colindantes. Sin embargo, existía una moratoria de licencias para grandes superficies. Por ello, el TDC propuso la venta de un hipermercado.

16. Burgos (Zona 42)<sup>191</sup>

<sup>186</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 52.

<sup>187</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 52.

<sup>188</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 53.

<sup>189</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 53.

<sup>190</sup> Informe Carrefour/Promodès, pp. 53-54.



El TDC constató que la empresa fusionada controlaba 2 de los 3 hipermercados existentes y su cuota estimada, tanto en superficie como en valor se situaba ligeramente por encima del 30%. El TDC consideró que el potencial de mercado ya estaba cubierto: “No se espera un crecimiento de la demanda en este mercado por lo que, tras la fusión, difícilmente se podrá esperar la entrada de un nuevo competidor. Por lo tanto, la fusión alterará sensiblemente las condiciones de competencia”. Por ello, el TDC propuso la venta de un hipermercado.

#### 17. Palencia (Zona 44)<sup>192</sup>

El TDC constató que la empresa fusionada controlaba el único hipermercado existente y el siguiente en tamaño: un Champion. Asimismo, la cuota de mercado de la empresa fusionada era del 41,4 %. El TDC consideró que la población de la zona no justificaba la presencia de un segundo hipermercado, al menos de los de gran tamaño. Por lo tanto, “la única forma de incentivar a un competidor a entrar en este mercado es que el grupo resultante de la concentración vendiese el segundo mayor establecimiento”.

#### 18. Valladolid (Zona 43)<sup>193</sup>

El TDC constató que la empresa fusionada controlaba 3 de los 4 hipermercados existentes y su cuota estimada era del 30 % en superficie de sala de ventas, y del 36 % en valor. El TDC estimó que el potencial de mercado quedaba cubierto por los 4 hipermercados existentes y, además, un potencial entrante “tendría que enfrentarse a un fortísimo competidor con una muy importante presencia en la zona”. Por ello, el TDC propuso la venta de un hipermercado.

#### 19. Badajoz (Zona 46)<sup>194</sup>

El TDC constató que la empresa fusionada controlaba los 2 hipermercados existentes y su cuota estimada era del 40% en superficie sala de ventas, y del 46% en valor. Asimismo, el TDC consideró que el potencial de mercado estaba cubierto por los 2 hipermercados existentes y no era previsible la entrada de un nuevo competidor. Por ello, el TDC propuso la venta de un hipermercado.

En suma, en la concentración Carrefour/Promodès, la empresa fusionada no hubiera alcanzado cuotas de mercado significativas en los mercados locales de la distribución minorista. Sin embargo, el TDC atribuyó especial relevancia a las barreras legales, económicas y estratégicas que limitan la entrada de nuevos competidores en el segmento de grandes superficies y priorizó el mantenimiento de un número razonable de competidores en estos mercados. En suma, puede concluirse que el TDC, o bien rebajó sustancialmente el listón de exigencia en relación a la existencia de una posición dominante individual en el mercado de las grandes superficies o bien aplicó implícitamente un análisis competitivo basado en la creación o reforzamiento de una posición dominante colectiva, tal como se propone en este Estudio<sup>195</sup>.

<sup>191</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 54.

<sup>192</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 54.

<sup>193</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 54.

<sup>194</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 54.

<sup>195</sup> *Vid., infra* Sección 10.1.5 de este Estudio.



Poco tiempo después de su Informe Carrefour/Promodès, el TDC volvió a analizar con criterios estrictos la situación competitiva de la distribución minorista y del mercado cash & carry canario en su Informe Pío Coronado/Cemetro<sup>196</sup>. En relación al mercado minorista, el TDC consideró que la adición de un establecimiento Cemetro de 629 m<sup>2</sup> elevaría la cuota de mercado de Pío Coronado en Corralejo (Fuerteventura) de un 35% hasta un 44% aproximadamente. El TDC admitió que existían otras cadenas regionales implantadas en Corralero: Supermercados Marcial (15%) y Super Rita (12%). Asimismo, el TDC también reconoció que, si bien era necesario obtener una segunda licencia comercial para las superficies de más de 750 m<sup>2</sup>, nada impedía a otros competidores abrir establecimientos del tamaño de los de la empresa fusionada. Sin embargo, el TDC consideró que la propia presencia de Pío Coronado y la segunda licencia comercial constituyan barreras de entrada significativas. Por ello, el TDC consideró que no podía “permitir a una empresa que ya contaba con una cuota más que importante en un mercado geográfico determinado, que continúe aumentando su presencia, máxime cuando el incremento de cuota se obtiene a través de la compra de establecimientos ya implantados y no es fruto de la propia expansión de la empresa, y cuando Pío Coronado se haría de esta forma con la propiedad de los establecimientos de mayor superficie del mercado”<sup>197</sup>. Por ello, el TDC propuso la desinversión del establecimiento Cemetro en la localidad de Corralejo.

Por lo que se refiere a la cuota de mercado de distribución mayorista en formato de cash & carry en el mercado geográfico de referencia delimitado (Gran Canaria), la cuota de mercado de Pío Coronado resultante de la operación alcanzaba el 49,4%, tras la adición del 2,1 % correspondiente a un establecimiento Cemetro de 800 m<sup>2</sup>. El TDC consideró que “la presencia en la isla de competidores de la envergadura de Makro (8.400 m<sup>2</sup> en Gran Canaria) y otros de implantación regional como Supermercados Mercacentro (2.000 m<sup>2</sup>) y Yáñez (2.000 m<sup>2</sup>), no resta importancia al hecho de que Pío Coronado con Cemetro pudiera acumular el 50% de este mercado” y propuso la desinversión del establecimiento cash & carry de Cemetro<sup>198</sup>.

En el año 2002, el TDC también exigió desinversiones en el Informe Caprabo/Enaco<sup>199</sup>. La cuota de la empresa fusionada en el mercado de Blanes pasaba de un 36% a un 52% en términos de superficie y controlaba las dos grandes superficies existentes en el mercado.

<sup>196</sup> Informe del TDC de 27 de abril de 2001, Exp. C- 64/01, *Pío Coronado/Cemetro* (“Informe Pío Coronado/Cemetro”).

<sup>197</sup> Informe Pío Coronado/Cemetro, p. 44. *Vid*, asimismo, recomendación 4, p. 46.

<sup>198</sup> Informe Pío Coronado/Cemetro, Recomendación 6, p. 46.

<sup>199</sup> Informe del TDC de 28 de mayo de 2002, Exp. C-70/02, *Caprabo/Enaco* (“Informe Caprabo/Enaco”).



Cuadro nº 8

**ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO MINORISTA. CUOTAS DE MERCADO EN SUPERFICIE. BLANES. AÑO 2001**

	Nº	M <sup>2</sup>	cuota %	Cuota E+C
ENACO (AMICA)	1	2.500	18,98	55,18
CAPRABO	4	4.775	35,9	
CONDIS	4	3.075	23,32	
MERCADONA	1	1.110	8,41	
LIDL	1	1.000	7,8	
DIA	3	887	6,72	
CHAMPION	1	662	5,02	
PROXIM	2	180	1,36	
<b>TOTAL</b>		<b>13.184</b>	<b>100</b>	

Fuente: Informe Caprabo/Enaco, p. 30

El TDC consideró que el liderazgo de la empresa fusionada, en particular en el segmento de grandes superficies, y las barreras legales existentes, implicaban una restricción de la competencia<sup>200</sup> y propuso la desinversión de una de las dos grandes superficies de la empresa fusionada, eliminando todo el incremento de cuota de mercado resultante de la fusión<sup>201</sup>.

Sin embargo, posteriormente, el TDC, en aparente contradicción con la doctrina marcada en el Informe Carrefour/Promodès, parece haber relajado su análisis de la existencia de una posición dominante individual en el mercado de la distribución minorista y haber obviado el análisis de la existencia de una posición dominante colectiva.

Por ejemplo, en su Informe Miquel Alimentació/Puntocash, el TDC constató que la empresa fusionada alcanzaba el 50% el mercado de distribución mayorista cash & carry en la isla de Ibiza.

Cuadro nº 19

**GRUPOS EMPRESARIALES ACTIVOS EN IBIZA EN LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL MAYORISTA DE BIENES DE CONSUMO DIARIO EN FORMATO CASH & CARRY – 2005 (m<sup>2</sup>, % y uds.)**

Nº	GRUPO	SUP. m <sup>2</sup>	% SUP	Nº ALM.	% ALM.
	MIQUEL ALIMENTACIÓ + PUNTO CASH	4.526	52,47%	2	33,33%
2	GROS MERCAT (MIQUEL ALIMENTACIÓ)	2.250	26,08%	1	16,67%
3	PUNTOCASH (CARREFOUR)	2.276	26,39%	1	16,67%
1	EXCLUIB, S.A.	2.400	27,82%	2	33,33%
4	COMERCIAL ESCANDELL, S.A. (COESSA)	1.200	13,91%	1	16,67%
5	EXCLUSIVAS MIRO, S.A.	500	5,80%	1	16,67%
	<b>TOTAL</b>	<b>8.626</b>	<b>100,00%</b>	<b>6</b>	<b>100,00%</b>
PRO-MEMORIA					
	IHH Pre.	2.377,8	IHH Post.	3.754,3	ΔIHH
	C2 Pre.	54,2	C2 Post.	80,3	ΔC2
	C3 Pre.	80,3	C3 Post.	94,2	ΔC3
					13,9

Fuente: Informe Miquel Alimentación/Puntocash, p. 47.

En el apartado dedicado a las “Conclusiones”, el TDC reflejó la especial situación competitiva de la isla de Ibiza<sup>202</sup>, sin embargo, rechazó imponer desinversiones a la

<sup>200</sup> Informe Caprabo/Enaco, p. 40.

<sup>201</sup> Informe Caprabo/Enaco, Conclusión 4<sup>a</sup> y Dictamen.

<sup>202</sup> Informe Miquel Alimentació/Puntocash, conclusión 6<sup>a</sup>: “El Tribunal considera que en la isla de Ibiza, el incremento de poder de mercado de Miquel Alimentació, señalizado por un incremento de su cuota hasta superar el 50% y la reducción del ya escaso número de oferentes, entre los que no se encuentra Makro, se verá especialmente reforzado por la restrictiva legislación comercial de las Islas



empresa fusionada, contradiciendo el Proyecto de Informe presentado por la Ponencia, que recomendaba la venta de un establecimiento de distribución comercial mayorista con una superficie de venta superior a los 2.000 m<sup>2</sup>, a fin de que la cuota del mercado cash & carry de la empresa fusionada no sobrepasase el 30%.

El voto particular contrario del Ponente y un Vocal (el actual Presidente de la CNC) reclamaba la imposición de condiciones en atención al (1) carácter oligopolista del mercado y (2) la presencia de significativas barreras económicas y legales de entrada:

“1.- Sin la condición de desinversión anteriormente indicada, la operación permitiría que una estructura de mercado que estaba compuesta, fundamentalmente, por tres oferentes con cuotas similares del 25%, se transforme en un duopolio en el que la empresa dominante (la notificante Miquel Alimentació) pasaría a ostentar más del 50% del mercado, por lo que es acertada la conclusión del Informe de que la concentración tiene capacidad para deteriorar la competencia efectiva en este mercado.

2.- La inexpugnabilidad del mercado ibicenco en la distribución comercial mayorista de productos de uso diario en formato *cash & carry* ha quedado suficientemente demostrada en el Informe. El análisis de las barreras legales de las Islas Baleares al acceso a los mercados de la distribución comercial tanto minorista como mayorista y la evidencia empírica referente a las últimas y ya lejanas aperturas en Ibiza lo muestran claramente.”<sup>203</sup>

Asimismo, el voto particular se remitía a la doctrina del TDC, reflejada en su Informe Pío Coronado/Cemetro y alertaba sobre los efectos perjudiciales para la competencia y los consumidores de una relajación del control ejercido por el TDC en este campo:

“La ruptura con la doctrina previa del Tribunal, que estimamos mejor fundada y conocía perfectamente el Pleno, es especialmente patente al comparar con el expediente de concentración económica C64/01 Pío Coronado/Cemetro. En este precedente, el Tribunal, sin que existiesen barreras legales a la entrada, recomendó la enajenación de un pequeño establecimiento *cash & carry* de Cemetro en Gran Canaria que representaba una superficie de tan sólo 800 m<sup>2</sup>, equivalente al 2%, debido a que la cuota resultante se hubiese aproximado al 50%, recomendación que fue aprobada por el Gobierno (Véase la página 45 de la versión pública de dicho Informe).

En definitiva, la recomendación al Consejo de Ministros de aprobar la operación de concentración entre Miquel Alimentació y Puntocash sin condiciones en la isla de Ibiza originará, con toda probabilidad, un grave deterioro de la competencia efectiva en un mercado básico para el aprovisionamiento de bienes de consumo diario, precisamente, de las pequeñas y medianas empresas turísticas en dicha isla. Un mercado mayorista fuertemente intervenido, en el que la libertad de empresa y la libertad de

---

Baleares que somete la apertura de grandes establecimientos mayoristas, del tipo *cash & carry*, a la concesión previa de la licencia autonómica. Adicionalmente, desde la entrada en vigor de la Ley autonómica 8/2005, de 21 de junio, de medidas transitorias para el otorgamiento de la licencia autonómica de gran establecimiento comercial en las Illes Balears, se ha suspendido la concesión de licencias presentadas después del 21 de mayo de 2005.”

<sup>203</sup> Informe Miquel Alimentació/Puntocash, Voto Particular Discrepante de los Vocales Berenguer Fuster y Castañeda Boniche, pp. 60-61.



establecimiento se encuentran totalmente cercenadas y en el que el Tribunal debería, en nuestra opinión, haberse mostrado más vigilante ante la eliminación de competidores, en verdad irreemplazables, derivada de esta concentración, vigilancia que resulta imprescindible, al menos, mientras persista tan decisivo obstáculo de acceso al mercado.”<sup>204</sup>

El Informe Eroski/Caprabo de la CNC tampoco ordenó ninguna desinversión, a pesar de que la empresa fusionada alcanzaría cuotas de mercado elevadas en diversos ámbitos geográficos. Por ejemplo, en el ámbito autonómico, la empresa fusionada alcanzaba una cuota de mercado del 30-40% en Aragón, 40-50% en Baleares y 40-50% en Navarra.

Cuadro nº 6: Estructura del mercado de la distribución minorista por Comunidades Autónomas afectadas. 2006.

Comunidad Autónoma	Según superficie de venta (m <sup>2</sup> )		
	EROSKI Cuota (%)	CAPRABO Cuota (%)	EROSKI+CAPRABO Cuota (%)
Aragón	[20-30]	[0-10]	[30-40]
Castilla La Mancha	[0-10]	[0-10]	[10-20]
Castilla-León	[0-10]	[0-10]	[10-20]
Cataluña	[0-10]	[10-20]	[20-30]
Baleares	[30-40]	[10-20]	[40-50]
La Rioja	[20-30]	[0-10]	[20-30]
Madrid	[0-10]	[10-20]	[10-20]
Navarra	[20-30]	[10-20]	[40-50]

Fuente: Informe Eroski/Caprabo, p. 32.

En el ámbito municipal, la CNC identificó 40 municipios en el que la cuota de mercado, en superficie de ventas, de la empresa fusionada era superior al 30% ( criterio utilizado para la la delimitación posterior de los mercados locales problemáticos)<sup>205</sup>:

<sup>204</sup> Informe Miquel Alimentació/Puntocash, Voto Particular Discrepante de los Vocales Berenguer Fuster y Castañeda Boniche, p. 61.

<sup>205</sup> *Vid.*, Informe Eroski/Caprabo, nota a pie 7, p. 23: “Nótese que, en precedentes anteriores, el Tribunal cifraba dicha cuota en el 25%, al ser el umbral de referencia que, en aquellas operaciones, el Servicio utilizó en Primera Fase para descartar efectos anticompetitivos. En esta ocasión, y ante la constatación, a tenor de los precedentes, de lo extremadamente improbable de la existencia de efectos que obstaculicen la competencia efectiva en el mercado por debajo del umbral del 30%, el Tribunal [sic] adapta dicho criterio al mantenido por el Servicio en su informe.”

**Cuadro nº4: municipios en los que la cuota resultante de la operación supera el 30%.**

Municipios	EROSKI	CAPRABO	Cuota total
Cariñena	[10-20%]	[20-30%]	[30-40%]
La Almunia	[10-20%]	[10-20%]	[30-40%]
Guadalajara	[10-20%]	[10-20%]	[30-40%]
Azuqueca de Henares	[20-30%]	[0-10%]	[30-40%]
Toledo	[10-20%]	[10-20%]	[30-40%]
Illescas	[10-20%]	[30-40%]	[40-50%]
Segovia	[10-20%]	[10-20%]	[30-40%]
Cornellá	[20-30%]	[10-20%]	[30-40%]
San Cugat	[40-50%]	[10-20%]	[60-70%]
Ibiza	[40-50%]	[0-10%]	[40-50%]
Alcudia	[20-30%]	[10-20%]	[40-50%]
Andratx	[20-30%]	[60-70%]	[80-90%]
Calvià	[30-40%]	[20-30%]	[50-60%]
Capdepera	[30-40%]	[10-20%]	[40-50%]
Felantix	[30-40%]	[30-40%]	[60-70%]
Inca	[20-30%]	[0-10%]	[30-40%]
Manacor	[0-10%]	[30-40%]	[40-50%]
Palma de Mallorca	[20-30%]	[10-20%]	[40-50%]
Pollensa	[10-20%]	[30-40%]	[50-60%]
Santana	[30-40%]	[30-40%]	[70-80%]
Son Servera	[20-30%]	[10-20%]	[40-50%]
Leganés	[10-20%]	[20-30%]	[30-40%]
Pinto	[40-50%]	[0-10%]	[50-60%]
Torrelodones	[40-50%]	[0-10%]	[50-60%]
Burlada	[20-30%]	[30-40%]	[60-70%]
Cizur	[30-40%]	[40-50%]	[80-90%]
Corella	[20-30%]	[50-60%]	[70-80%]
Pamplona	[30-40%]	[20-30%]	[60-70%]
Tudela	[20-30%]	[0-10%]	[30-40%]
Villava	[10-20%]	[20-30%]	[40-50%]

Fuente: Informe Eroski/Caprabo, p. 24.

Sin embargo, la posterior delimitación del mercado geográfico relevante, agrupó los 30 municipios problemáticos en 14 zonas locales, en los que las cuotas de mercado no eran tan elevadas:

**Cuadro nº 7: Estructura del mercado de la distribución minorista en los ámbitos geográficos afectados. 2006**

Ámbitos geográficos	Según superficie de venta (m <sup>2</sup> )			
	EROSKI Cuota (%)	CAPRABO Cuota (%)	TOTAL Cuota (%)	Principal competidor (%)
Cariñena +alrededores Cariñena	[20-30%] [10-20%]	[10-20%] [20-30%]	[30-40%] [30-40%]	Galerias Primero [40-50%] Galerias Primero [60-70%]
La Almunia+alrededores La Almunia	[10-20%] [20-30%]	[10-20%] [30-40%]	[30-40%] [50-50%]	Carrefour [20-30%] Galerias Primero [20-30%]
Guadalajara, Azuqueca +alrededores (con Alcalá) Guadalajara, Azuqueca +alrededores (sin Alcalá)	[0-10%] [10-20%]	[0-10%] [10-20%]	[10-20%] [20-30%]	Carrefour [10-20%] Mercadona [10-20%]
Toledo +alrededores	[10-20%]	[0-10%]	[20-30%]	Carrefour [10-20%]
Illescas +alrededores (con Parla) Illescas +alrededores (sin Parla) Illescas + municipios Sur Madrid	[0-10%] [0-10%] [0-10%]	[0-10%] [10-20%] [10-20%]	[10-20%] [10-20%] [10-20%]	Carrefour [10-20%] Ahorramas [10-20%] Carrefour [20-30%]
Segovia + alrededores	[10-20%]	[10-20%]	[30-40%]	Carrefour [10-20%]
Cornellá +alrededores	[0-10%]	[10-20%]	[20-30%]	Carrefour [20-30%]
Sant Cugat +alrededores	[0-10%]	[10-20%]	[10-20%]	Carrefour [10-20%]
Isla de Ibiza	[30-40%]	[0-10%]	[30-40%]	Hiper Centro [20-30%]
Isla de Mallorca	[20-30%]	[10-20%]	[30-40%]	Mercadona [10-20%]
Madrid Sur	[0-10%]	[10-20%]	[10-20%]	Carrefour [20-30%]
Madrid Oeste	[0-10%]	[10-20%]	[10-20%]	Carrefour [20-30%]
Pamplona +alrededores	[10-20%]	[10-20%]	[30-40%]	Carrefour [10-20%]
Tudela +alrededores	[20-30%]	[0-10%]	[30-40%]	Carrefour [20-30%]

Fuente: Informe Eroski/Caprabo, p. 34

Asimismo, en vista de los datos obtenidos en las diferentes zonas geográficas, la CNC decidió limitar su análisis competitivo a 4 zonas geográficas: Pamplona y alrededores, Cariñena y alrededores, La Almunia y alrededores, y las islas de Mallorca e Ibiza (pp. 35 y ss.).

Finalmente, en su valoración de los efectos de la concentración la CNC constató la creciente concentración en el ámbito nacional<sup>206</sup> y autonómico<sup>207</sup>, pero concluyó que la dinámica competitiva (presencia de competidores establecidos y evidencia de nuevas implantaciones) en las 4 zonas geográficas seleccionadas, contrarrestaba el liderazgo de la empresa fusionada<sup>208</sup>.

<sup>206</sup> Informe Eroski/Caprabo, p. 54: “En cuanto al otro mercado relevante de producto, el de la distribución comercial minorista de bienes de consumo diario en formato de autoservicio, esta Comisión comprueba que EROSKI pasará a convertirse en el segundo operador nacional de este mercado, con una cuota del [10-20%], incrementada en cinco puntos por la cuota correspondiente a la empresa adquirida. A nivel nacional y después de la concentración, el principal operador de este mercado seguiría siendo CARREFOUR con una cuota del [10-20%] y aparecería en tercer lugar MERCADONA con una cuota del [10-20%] muy próxima a la del notificante después de la operación de concentración.”

<sup>207</sup> Informe Eroski/Caprabo, p. 55: “Desde una perspectiva geográfica más desagregada, como la del ámbito de las Comunidades Autónomas, el nivel de solapamiento de establecimientos comerciales de las enseñas correspondientes a las empresas objeto de concentración y, por lo tanto, la cuota de mercado resultante, divergen mucho entre territorios. Esta Comisión sí observa que después de la concentración se producirá un reforzamiento de la posición de EROSKI en las Comunidades Autónomas de Aragón, Navarra e Illes Baleares ([30-40%], [40-50%] y [40-50%], respectivamente), mientras que en el resto de Comunidades el reforzamiento es nulo o escaso.”

<sup>208</sup> Informe Eroski/Caprabo, Conclusión 5ª: “Esta Comisión considera que elementos tales como la existencia de competidores con una fuerte presencia actual y proyección futura pueden actuar de contrapeso en aquellos ámbitos geográficos donde se produce un aumento de la cuota de mercado del grupo notificante.”



## 8.2 Posición dominante colectiva en el mercado español

En esta Sección se analizan las características del mercado español de la distribución minorista que facilitan la aparición de comportamientos paralelos (colusión tácita): (a) elevada concentración; (b) productos homogéneos; (c) transparencia; (d) capacidad de disuasión competitiva; y (e) ausencia de reacción competitiva de otros competidores y los consumidores.

En este mercado oligopolista, las tres empresas líderes en el ámbito nacional y en una mayoría de mercados regionales, Carrefour, Mercadona y Eroski, reúnen las ventajas competitivas que la Comisión y el TDC (ahora CNC) han asociado a la existencia de una posición dominante individual o colectiva: (a) ocupan una posición destacada en el mercado nacional de la distribución minorista y, en particular, en el submercado de las grandes superficies; (b) se alternan en el liderazgo de mercados regionales y locales, lo que multiplica su interacción y las posibilidades de disuasión; (b) comercializan un volumen importante y creciente de marcas blancas; (c) disponen de un sistema de aprovisionamiento y distribución integrado; y (d) disfrutan de una posición de liderazgo en el mercado de aprovisionamiento.

Las características colusivas del mercado han facilitado un paralelismo de precios entre las empresas de la distribución minorista en diferentes mercados locales que desemboca en precios supracompetitivos que perjudican a los consumidores.

El SDC llegó a las mismas conclusiones en 2006 en relación al mercado de la distribución minorista de Valencia<sup>209</sup>. La investigación del SDC se originó a raíz de una denuncia presentada por una organización de consumidores que alegaba que los precios de 21 productos eran idénticos en los establecimientos Alcampo, Consum, Mercadona, Carrefour y El Corte Inglés, de Valencia. El SDC consideró que las características principales del mercado de la distribución minorista de bienes de consumo diario son las siguientes:

“Fuerte interdependencia de los operadores, resultado de la homogeneidad en la distribución zonal de los puntos de venta; de la elevada elasticidad cruzada y de la limitada capacidad de un operador de aumentar su cuota de mercado si no es a costa de la de sus competidores; y por último, pero no por ello menos importante, de la elevada transparencia en precios que existe en el mercado.

Posibilidad de entrada de nuevos competidores, como consecuencia de la práctica inexistencia de barreras, por lo que la obtención de beneficios extraordinarios por los operadores ya establecidos no sólo no está protegida sino que por el contrario está sometida a una fuerte competencia, no tanto en productos de marca como en los propios, las marcas blancas.

La competencia en precios puede ser prácticamente concebida como un juego de suma cero e incluso de suma negativa, es decir, partiendo de una situación de equilibrio si un operador disminuye sus precios con el fin de aumentar su cuota de mercado, sólo puede

<sup>209</sup> Auto de archivo SDC 2006. El voto particular en la Resolución Aceites 2 hace referencia al Auto de archivo SDC 2006 al justificar la identidad de precios detectada en la estructura oligopolista del mercado.



hacerlo a costa de la cuota de mercado de sus competidores, lo que haría a éstos reducir asimismo los suyos, en una situación donde la demanda es prácticamente invariable, los precios serían menores y en consecuencia sería menor el beneficio de cada empresa individual y del conjunto.”<sup>210</sup>

En su valoración jurídica de la identidad de precios, el SDC concluyó que eran fruto del comportamiento oligopolista de las empresas:

“Analizando los hechos en el marco del mercado descrito, no parece aceptable que la similitud de precios sea consecuencia de una situación de competencia perfecta, ya que aunque no hay datos de ello se puede afirmar que los operadores soportan costes medios diferentes.

No obstante, no existen elementos suficientes para eliminar la teoría del liderazgo según la cual cualquier cambio de precios en la empresa reconocida como líder es seguida por el resto, ya que por un lado los propios denunciados han manifestado su adaptación a los precios de la competencia sin especificar si los movimientos de precios son iniciados siempre por parte de la misma empresa, el líder, y secundados por el resto, y por otro tampoco ha quedado acreditado que se trate de movimientos simultáneos de las empresas.

Aun rechazando las tesis anteriores (competencia perfecta y liderazgo) tampoco podría pensarse, sin más, que la igualdad de precios sólo pueda deberse a una concertación o conducta conscientemente paralela. (...)

Pues bien, de acuerdo con todo lo expuesto anteriormente, a la hora de determinar si los hechos acreditados en el presente expediente - consistentes en la igualdad de precios de una serie de productos - puede calificarse de práctica concertada o conducta conscientemente paralela, hay que tener en cuenta que como ya se ha dicho se trata de un mercado con un número reducido de empresas con una elevada cuota que comercializan un producto homogéneo, con una demanda especialmente elástica por la naturaleza de bien básico del producto. Bajo estas condiciones, la propia estructura del mercado limita las posibilidades de competencia efectiva que cabría esperar de los operadores concurrentes en el mismo, existiendo una alta probabilidad de comportamiento paralelo, comportamiento que puede constituir una estrategia más racional desde el punto de vista económico que competir entre sí, dadas, por otro lado, las escasas armas con las que cuentan la mayoría de los operadores del mercado para sacar provecho de una estrategia competitiva.

Además, tal y como se ha dicho, los operadores en este mercado disponen de un sistema de información que les permite conocer en todo momento los precios de venta de todas sus competidores, lo que les permite reaccionar rápidamente a cualquier rebaja iniciada por éstos. Los operadores son conscientes de su interdependencia y adoptan un alineamiento con los precios de los dominantes. En tal contexto cada operador sabe que una actuación competitiva dirigida a aumentar su cuota (bajando los precios) provoca una actuación idéntica de los demás.

<sup>210</sup>

Auto de archivo SDC 2006, p. 6.



En un mercado como el definido, los operadores con poco poder no tienen posibilidad de desafiar la posición de mercado de los operadores principales, en cuanto a promoción de marca, publicidad, fidelización o distribución a nivel nacional (algunos son sólo operadores regionales), por lo que no pueden actuar como competidores en precios ni a corto ni a largo plazo.

Todo esto lleva a concluir que se trata de un mercado en el que cada operador puede tomar conciencia de sus intereses, que coinciden en cierta manera con los intereses comunes, y hacer bajar y mantener sus precios al mismo nivel que sus competidores sin tener que celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada, sobre todo en productos de marca que actúan como productos “gancho” por su finalidad de atraer a la clientela y evitar que se vaya a otros establecimientos de la competencia, si bien en un precio de mercado que les permita marcar la diferencia con los precios de su propia marca y de sus ofertas.

Todas las circunstancias analizadas llevan a la conclusión de que, en principio, las coincidencias de precios en un mercado como el presente podrían producirse sin que tenga que mediar coordinación entre las empresas presentes en dicho mercado”<sup>211</sup> (subrayado propio).

En suma, ante la evidencia de la naturaleza oligopolista del mercado, el SDC consideró que la existencia de una igualdad de precios no era susceptible de ser sancionado como un acuerdo o práctica concertada contrario al artículo 1 de la LDC, porque era una consecuencia “natural” del carácter oligopolista de la distribución minorista.

El Auto de archivo SDC 2006 permite extraer dos conclusiones fundamentales. En primer lugar, el análisis de posición dominante individual, tanto en sede de control de concentraciones como en el procedimiento sancionador, no es eficaz para prevenir comportamientos oligopolistas colusivos. De hecho, en su Informe Carrefour/Promodès, el TDC había recomendado la venta de un hipermercado de Carrefour en el mercado local de Valencia para impedir la creación de una posición dominante susceptible de restringir la competencia en el mercado<sup>212</sup>. Esta desinversión quizá evitó la creación o el reforzamiento de una posición dominante individual pero no evitó la creación (en ese momento o posteriormente) de un oligopolio con similares efectos anticompetitivos. En segundo lugar, un número reducido de empresas, entre las que se encontraban dos de los tres líderes nacionales, disfrutaban de una posición de liderazgo en el mercado de Valencia sin que ninguna de ellas disfrutase de una posición de dominio individual: Mercadona (26,61%), Consum (16,51%) y Carrefour (15,3%). La estructura competitiva del mercado de la distribución minorista valenciano en 2005 parece extrapolable en la actualidad a una mayoría de mercados locales españoles y, por lo tanto, al mercado nacional<sup>213</sup>.

<sup>211</sup> Auto de archivo SDC 2006, pp. 8-10.

<sup>212</sup> *Vid.*, Sección 8.1 *supra*.

<sup>213</sup> *Vid.*, la Sección siguiente.



## ESTRUCTURA DEL MERCADO NACIONAL DE LA DISTRIBUCIÓN MINORISTA

Grupo	NACIONAL			VALENCIA		
	Nº establec.	Superficie (m <sup>2</sup> )	Cuota (%)	Nº establec.	Superficie (m <sup>2</sup> )	Cuota (%)
CARREFOUR	3001	1.798.241	17,74%	221	182.119	15,30%
MERCADONA	960	1.205.498	11,89%	266	316.586	26,61%
EROSKI	1.236	840.059	8,25%	6	18.435	1,54%
CAPRABO	581	555.515	5,48%	60	69.728	5,86%
CORTE INGLÉS S.A.	268	407.770	4,02%	38	41.400	3,48%
DINOSOL	508	395.412	3,90%			
AUCHAN	271	386.865	3,81%	12	33.926	2,85%
LIDL	390	308.331	3,04%	53	42.750	3,59%
COOP. COVIRAN	1.969	270.461	2,66%	32	3.095	0,26%
CONSUM	427	251.910	2,48%	319	196.463	16,51%
EL ARBOL	367	212.869	2,10%	1	898	0,07%
TOTAL	17.992	10.134.693		1.577	1.189.621	

Fuente: Auto de archivo SDC 2006, p.4, citando los datos de Alimarket, 2005.

La interdependencia entre las principales empresas de la distribución minorista y sus efectos en los precios agregados (tanto al alza como a la baja) es una realidad reconocida por las propias empresas. En el congreso anual de la Asociación AECOC celebrado a finales de octubre de 2008<sup>214</sup>, el presidente de Eroski hizo unas declaraciones tendentes a evitar una guerra de precios perjudicial para todo el sector, oportunamente recogidas por una agencia de prensa y reproducidas en numeros medios de comunicación:

"El presidente del grupo de distribución Eroski, Constan Dacosta, hizo hoy un llamamiento a la responsabilidad de los operadores del sector para evitar la entrada en una 'guerra de precios' durante la crisis económica y apostó por "jugar a ganar todos".

"Una parte de las reglas de este juego es que si alguien inicia un movimiento que lleva a perder, no lo siga el resto, porque ahí está el momento de la perversión", comentó Dacosta en el marco del Congreso Aecoc 2008. El presidente del grupo vasco señaló que el riesgo que actualmente existe en el mercado no se centra sólo en "bregar" con la

<sup>214</sup> Según la web de AECOC, "Con cerca de 24.000 asociados, AECOC es una de las mayores asociaciones empresariales de nuestro país y la única en que fabricantes y distribuidores trabajan conjuntamente para la mejora del sector, a fin de aportar mayor valor al consumidor."



cuenta de explotación, sino en intentar "no perder todos y terminar perdiendo los consumidores".<sup>215</sup>

### 8.2.1 Elevada concentración

En el ámbito del control de concentraciones, el TDC y la CNC han utilizado diversas fuentes de información para calcular las cuotas del mercado de la distribución minorista y del submercado de las grandes superficies (Nielsen, Alimarket, etc.). Estas fuentes utilizan criterios diferentes para delimitar el mercado de la distribución minorista en autoservicio y, por lo tanto, ofrecen resultados divergentes.

Sin embargo, las diversas fuentes permiten extraer varias conclusiones generales: (1) Existe una progresiva concentración del mercado de la distribución minorista, que se acentúa según se contrae el ámbito geográfico relevante (dimensión nacional, autonómica y local); (2) Existe un liderazgo de Carrefour, Mercadona y Eroski en el mercado de la distribución minorista nacional; (3) Existe un liderazgo de Carrefour, Mercadona y Eroski, en diferentes combinaciones, en el mercado de la distribución minorista de una mayoría de Comunidades Autónomas, provincias y mercados locales; (4) Existe un liderazgo aun más acentuado de Carrefour, Mercadona y Eroski en el submercado de la distribución minorista en grandes superficies (>1.000 metros cuadrados) en todas sus dimensiones geográficas.

#### 8.2.1.1 Criterios relevantes: superficie y volumen de ventas

La estimación de las cuotas de mercado empresariales es una aproximación necesaria, aunque no suficiente, para determinar la existencia de una posición dominante individual o colectiva en el mercado relevante. En el ámbito de la distribución minorista, las cuotas de mercado se miden en términos de superficie de ventas o volumen de facturación. El criterio del volumen de ventas refleja el poder de mercado con mayor fidelidad que la superficie de ventas, pero a menudo es más difícil de cuantificar. Si se analiza la superficie de ventas, debe tenerse en cuenta que, como norma general, los hipermercados generan más ventas por metro cuadrado que los grandes supermercados y, a su vez, éstos generan más ventas por metro cuadrado que los medianos y pequeños supermercados. Según Nielsen, en 2008, las ventas por metro cuadrado de los hipermercados son 5.714 euros, las de los grandes supermercados (1.000 a 2.499 m<sup>2</sup>) son 5.087 euros, las de los medianos supermercados (400 a 999 m<sup>2</sup>) son 3.434 euros y las de los pequeños supermercados (100 a 399 m<sup>2</sup>) son 3.847 euros<sup>216</sup>. El TDC también ha señalado la conveniencia de ajustar las cuotas de mercado en virtud de la mayor rentabilidad de las grandes superficies<sup>217</sup>.

<sup>215</sup> “Eroski apela al sector a evitar una 'guerra de precios' en la crisis y a apostar por ‘ganar todos’”, Europa Press, 30 de octubre de 2008. Este teletipo fue recogido en medios como El Economista, Cinco Días y El Periódico de Aragón.

<sup>216</sup> *Vid.*, Anexo 12.2 “Rendimientos económicos de los formatos comerciales (Nielsen, 2008)”.

<sup>217</sup> Informe Carrefour/Dinosol, p. 17: “Adicionalmente, el Tribunal reconoce que el empleo de la superficie comercial de cada oferente expresada en metros cuadrados como variable aproximativa produce una infravaloración de la cuota de mercado, tanto en valor como en volumen, de aquellos grupos empresariales en los que el formato hipermercado sea relativamente más empleado. Empíricamente está suficientemente constatada la superior rentabilidad por metro cuadrado de los hipermercados frente a otros formatos de distribución minorista, como el supermercado. Para este análisis de los efectos de la operación de concentración en los mercados relevantes no será necesario intentar cuantificar y separar las



En suma, la mayor rentabilidad por metro cuadrado de las grandes superficies implica que las empresas con mayor presencia relativa en el segmento hipermercados y, en menor medida, en el segmento de grandes supermercados (ambos segmentos integran el submercado de grandes superficies) tendrán una cuota de mercado en términos de volumen de ventas superior a su cuota de mercado medida en superficie de ventas. La Decisión Carrefour/Promodès confirmó este presupuesto: las cuotas de facturación eran superiores a las cuotas de superficie de ventas en el caso de la empresa fusionada, Auchan, El Corte Inglés y Mercadona, mientras que eran análogas para las empresas con menor presencia en el segmento de grandes superficies (Eroski, Caprabo y Superdiplo)<sup>218</sup>:

Entreprises	Part de marché (en surface de magasins)	Part de marché (en chiffre d'affaires)
Carrefour	(5-10)%	(8-13)%
Promodes	(8-13)%	(15-20)%
<b>Carrefour/Promodes</b>	<b>(15-20)%</b>	<b>(25-30)%</b>
Groupe Auchan	(<5)%	(5-10)%
Hipercor	(<5)%	(5-10)%
Eroski	(5-10)%	(5-10)%
Mercadona	(<5)%	(5-10)%
Caprabo	(<5)	(<5)%
Superdiplo	(<5)%	(<5)%

Fuente: Decisión Carrefour/Promodès, p. 27.

Desde entonces, Eroski ha desarrollado una agresiva estrategia de compras y aperturas de grandes superficies, que le ha situado como tercera empresa en este submercado (763.668 m<sup>2</sup>, de los que 343.900 m<sup>2</sup> pertenecen al segmento hipermercados). Carrefour sigue siendo la empresa con mayor superficie de venta en el segmento hipermercado, si bien ha pasado a ocupar la segunda posición en el submercado grandes superficies (868.508 m<sup>2</sup>, de los que 685.700 pertenecen a hipermercados), cediendo el liderato a Mercadona, que ha centrado su estrategia de crecimiento en grandes supermercados sin abrir un solo hipermercado (1.321.027 m<sup>2</sup>).

En suma, las cuotas de superficie de ventas de la distribución minorista de Carrefour, Mercadona y Eroski infravaloran sus cuotas de ventas de la distribución minorista.

---

aportaciones del precio unitario y de la rotación de stocks en la mayor rentabilidad final. Consecuentemente, en los cálculos del Tribunal existirá una tendencia a sobrevalorar las cuotas de mercado de los operadores que compitan proporcionalmente con una menor superficie bajo el formato de hipermercado.”

<sup>218</sup> Vid., Informe Carrefour/Promodès, p. 42: “El Tribunal, consciente de que en este caso las diferencias en cantidad y en valor son muy significativas y que, en general, las cuotas en cantidad infravaloran la participación real de las grandes superficies en el mercado geográfico ha realizado diversos ensayos de estimación de ésta variable”.



### 8.2.1.2 Evolución histórica: progresiva concentración

En relación a la evolución del mercado, si bien debe admitirse que el proceso de concentración de la distribución minorista en autoservicio es un fenómeno global, es reseñable que en España se ha manifestado con una especial intensidad en los últimos años. Siendo el punto de partida una elevada atomización, en los últimos años la concentración de la distribución minorista española ha aumentado vertiginosamente hasta situar a España entre los países más concentrados de la UE. Por ejemplo, según el Profesor Dobson, en el periodo 1993-1999, la cuota de mercado conjunta de las 5 primeras empresas minoristas españolas aumentó de un 21,6% hasta un 40,6%, el segundo incremento más elevado de todos la UE-15 en aquel periodo<sup>219</sup>:

Table 2 - Five-Firm Concentration (%) in Grocery and Daily Goods Retailing for EU Member States (1993-1999)			
	1993	1996	1999
Austria	54.2	58.6	60.2
Belgium+Luxembourg	60.2	61.6	60.9
Denmark	54.2	59.5	56.4
Finland	93.5	89.1	68.4
France	47.5	50.6	56.3
Germany	45.1	45.4	44.1
Greece	10.9	25.8	26.8
Ireland	62.6	64.2	58.3
Italy	10.9	11.8	17.6
Netherlands	52.5	50.4	56.2
Portugal	36.5	55.7	63.2
Spain	21.6	32.1	40.3
Sweden	79.3	77.9	78.2
UK	50.2	56.2	63.0
<b>EU 15 (weighted av)</b>	<b>40.7</b>	<b>43.7</b>	<b>48.9</b>

Fuente: Dobson, “Retailer Buyer Power in European Markets...”, *op. cit.*, p. 7, citando como fuente Corporate Intelligence on Retailing, European Retail Handbook (varios años).

En un artículo posterior, el Profesor Dobson estimaba que, en 2002, la cuota de mercado conjunta de las cinco principales empresas minoristas en España había aumentado hasta el 52%<sup>220</sup>.

<sup>219</sup> Paul W. Dobson, “Retailer Buyer Power in European Markets: Lessons from Grocery Supply”, Business School Research Series, Loughborough University, June 2002, p. 7.

<sup>220</sup> Paul W. Dobson, “Exploiting Buyer Power: Lessons from the British Grocery Trade”, 72 Antitrust Law Journal No. 2, 2005, p. 548.

**Grocery Retailing Comparisons, Various Countries (2002)<sup>49</sup>**

	GB	France	Germany	Italy	Spain	USA
Population (m)	59	59	82	57	39	265
Food retail turnover (£bn) (2001)	110	133	99	39	39	n.a.
Average shopping trips per annum	142	130	229	247	130	140
% spent in supermarkets	89	82	72	55	89	67
% spent in hypermarkets <sup>50</sup>	53	52	25	18	33	n.a.
Share of top-5 stores	67	56	36	26	52	32
Share of top retailer	23	14	14	10	14	19
Loyalty to top retailer <sup>51</sup>	68	24	16	23	69	n.a.

Fuente: Dobson, “Exploiting buyer power...”, *op. vit.*, p. 548, citando a Nielsen, Retail Pocket Book, 2004.

El Estudio SDC 2003 constató que los siete principales operadores tenían aproximadamente el 60% del mercado, si bien, “en términos relativos, el grado de concentración del mercado cabe considerarlo intermedio y en proceso de consolidación”<sup>221</sup>. El proceso de consolidación previsto por el Estudio SDC 2003 ha seguido su curso de forma que en la actualidad, independientemente de la fuente consultada, el mercado español de la distribución minorista puede considerarse como altamente concentrado.

### 8.2.1.3 Mercado de la distribución minorista en autoservicio

El análisis de la concentración minorista parece indicar una relación ascendente a medida que se circumscribe el ámbito geográfico. Esta particularidad puede explicarse por el origen regional de las cadenas de la distribución españolas<sup>222</sup> y la economía de densidad asociada a la distribución minorista<sup>223</sup>. Según los datos del libro “Los canales de distribución de productos de gran consumo: Concentración y Competencia”, en los años 1994, 1997 y 1998 “la tasa de concentración de las cuatro mayores empresas correspondientes al total de España es menor que las tasas correspondientes a las distintas Comunidades y provincias (con la única excepción de la provincia de Ávila en

<sup>221</sup> Estudio SDC 2003, p. 23.

<sup>222</sup> Decisión de reenvío Carrefour/Promodès, p.6: “Estas diferencias a nivel local se muestran también a nivel regional. Salvo Promodes a través de Dia, el resto de los competidores están de alguna manera especializados a nivel regional, así Carrefour y Caprabo en Cataluña, Eroski en el País Vasco, Mercadona en la región de Valencia, Ahold en Asturias, Castilla y León y Extremadura, Superdiplo en Canarias, etc.”; e Informe Carrefour/Dinosol, p. 32: “La operación no contribuye a reforzar la relativa especialización regional que caracteriza a la estructura de la distribución minorista en España [Nota a pie: Puesta de manifiesto por el Tribunal pero en la actualidad es más bien un proceso de expansión nacional a partir de zonas regionales consolidadas], toda vez que es un operador presente en todo el territorio nacional, el GRUPO CARREFOUR, el que adquiere negocios a un operador, DINOSOL, presente asimismo en gran parte de España, el cual, de hecho, cuenta con el liderazgo destacado en Canarias.”

<sup>223</sup> Informe Eroski/Caprabo, p. 52: “Adicionalmente, a un nivel geográfico más amplio, cuando los operadores minoristas trazan su estrategia de expansión y eligen los emplazamientos en los que van a ubicar sus nuevos establecimientos, tienen en cuenta la estructura logística y de aprovisionamiento del operador, de manera que se ahorren costes. La ausencia de una red logística dificulta la penetración de los operadores en ámbitos geográficos en los que no se encuentran implantados. Ello explica, en parte, el carácter relativamente “regionalizado” de la estructura de distribución minorista en España, con la presencia de operadores significativos centrados en determinadas zonas.”



1997)<sup>224</sup>, dato que confirmaba la hipótesis de trabajo de que la concentración local superaba la concentración nacional<sup>225</sup>.

#### 8.2.1.3.1 Ámbito geográfico nacional

Las cuotas de mercado difieren según las fuentes consultadas y los parámetros tenidos en cuenta para calcular las cuotas de mercado (superficie de ventas o facturación, productos de alimentación o bienes de consumo diario, ponderación de la superficie dedicada a bienes de consumo diario dentro del establecimiento, etc.). Según las diferentes fuentes consultadas, la participación de Carrefour, Mercadona y Eroski en el mercado de la distribución minorista varía entre un 43% aproximadamente en términos de superficie de ventas (Alimarket) y un 55-65 aproximadamente en términos de ventas (TNS Panel, ASEDAS y Nielsen). Lógicamente, la cuota de mercado en términos de facturación refleja mejor el poder de mercado que pueden ejercer las empresas de la distribución<sup>226</sup>.

##### Alimarket

Según los datos publicados por Alimarket en 2008, las cuotas de mercado de la distribución minorista en términos de superficie de ventas indicarían un liderato claro de Carrefour (18,3%), Mercadona (13,4%) y Eroski (12,1%) frente al resto de las empresas de la distribución minorista<sup>227</sup>.

##### Mercado de la Distribución Minorista en Autoservicio

GRUPO	m <sup>2</sup>	%
CARREFOUR	2.006.627	18,3%
MERCADONA	1.474.775	13,4%
EROSKI	1.332.234	12,1%
EL CORTE INGLES	485.990	4,4%
AUCHAN*	403.714	3,7%
CONSUM, COOP.	393.145	3,6%
LIDL SUPERMERCADOS, S.A.U.	360.823	3,3%

<sup>224</sup> Ignacio Cruz Roche (coord.), *Los canales de distribución de productos de gran consumo: Concentración y Competencia*, Ed. Pirámide, 1999, (“Estudio Cruz Roche 1999”), p. 75.

<sup>225</sup> Estudio Cruz Roche 1999, p. 72: “La hipótesis de comportamiento que se desprende de los planteamientos anteriores y que verifica la pertinencia del análisis territorial de la concentración es que a medida que se haga más localizado el análisis de la concentración de la oferta minorista de bienes de gran consumo en libre servicio, más elevados serán los valores que alcance la medida de concentración”.

<sup>226</sup> Lógicamente, las empresas de la distribución otorgan mayor relevancia a los datos de facturación que a los datos de superficie de ventas. Por ejemplo, Eroski se refirió a las cuotas de mercado en términos de facturación publicadas por TNS Panel y Nielsen para analizar la concentración del mercado en su comparecencia ante la Comisión de Industria, Comercio y Turismo del Parlamento Vasco de 6 de mayo de 2008 (“Comparecencia de Eroski ante el Parlamento Vasco”).

<sup>227</sup> El Informe Eroski/Caprabo estimó en su página 31 las cuotas de mercado en términos de superficie de ventas usando los datos de Alimarket (2007): “Como puede observarse a partir de los datos de superficie de ventas de los principales operadores del mercado español de distribución minorista, la operación de concentración proyectada entre Eroski y Caprabo convertiría a la empresa resultante en el 2º operador a nivel nacional ([10-20%] de cuota), después del GRUPO CARREFOUR. Inmediatamente después estaría MERCADONA ([10-20%]). Los tres operadores seguidos a gran distancia por el resto de sus competidores.”



DINOSOL SUPERMERCADOS, S.L..	316.433	2,9%
COVIRAN, S.C.A.	278.043	2,5%
GRUPO EL ARBOL DIS. Y SUP., S.A.	204.607	1,9%
GADISA (GRUPO)	186.194	1,7%
CONDIS SUPERMERCATS (GRUPO)	177.837	1,6%
ALDI SUPERMERCADO, S.L.	151.098	1,4%
ALIMERKA	136.138	1,2%
GRUPO FROIZ	127.842	1,2%
AHORRAMÁS	125.496	1,1%
MIQUEL ALIMENTACIÓ	123.000	1,1%
UNIDE S.COOP.	116.252	1,1%
GRUPO HERMANOS MARTÍN, S.A.	113.993	1,0%
COOP. SAN RAFAEL	107.834	1,0%
UVESCO, S.A.	101.023	0,9%
RESTO	2.250.141	20,5%
<b>TOTAL ESTADO</b>	<b>10.973.239</b>	<b>100%</b>
<b>C3</b>	<b>43,9%</b>	
<b>C5</b>	<b>52,0%</b>	

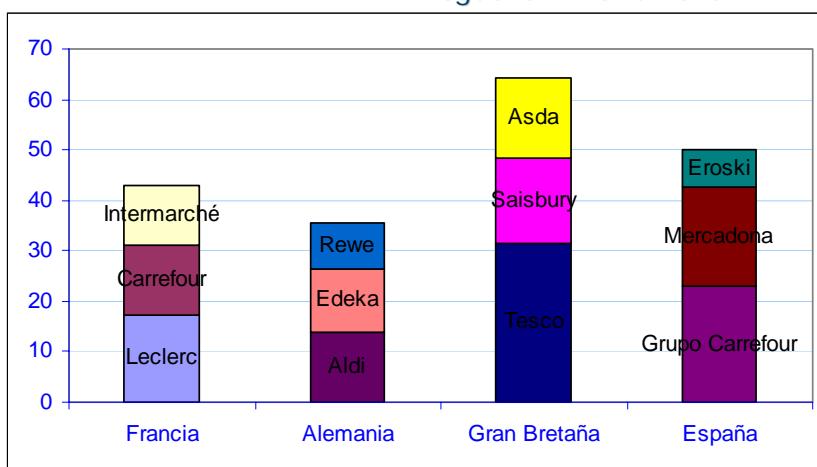
Fuente: Estimación del TVDC sobre los datos “La distribución alimentaria en 2008”, Alimarket.

\* La CNC aprobó con compromisos la adquisición de Galerías Primero por Auchan el 05/12/2008.

## TNS

Según los datos de la Consultora TNS, la cuota de mercado conjunta de Carrefour, Mercadona y Eroski (antes de la compra de Caprabo) alcanzaba el 50% en 2007.

Cuotas de mercado del líder en países de origen de las enseñas Alimentación + Drogería + Perfumería



Fuente: Comparecencia de Eroski ante el Parlamento Vasco, citando a TNS, 2007.

## ASEDAS

La Asociación Española de Distribuidores, Autoservicios y Supermercados (Asedas) ha publicado los datos de superficie de ventas y facturación de las cinco principales empresas de la distribución minorista relativos al año 2007, si bien sólo se ofrecen las cuotas de mercado en términos de superficie de ventas. Los datos de ASEDAIS ponen de manifiesto la primacía de Carrefour, Mercadona y Eroski en relación al volumen de



facturación de la distribución minorista. Carrefour, con una cuota de superficie de ventas del 21,6%, facturó 14.386 millones de euros en 2007. Eroski ocupa la segunda posición en superficie de ventas (13,5%) y una facturación de 9.800 millones de euros. Mercadona ocupa la tercera posición en superficie de ventas (11,8%), sin embargo, su facturación de 13.986 millones de euros supera ampliamente la de Eroski y casi iguala la de Carrefour.

Si se toma como referencia a Carrefour y se consideran equivalentes las cuotas de mercado en superficie de ventas y en volumen de ventas, Mercadona y Eroski tendrían respectivamente una cuota de facturación del 20,9% y 14,7% de la distribución minorista<sup>228</sup>. Es decir, la cuota conjunta de las tres empresas en facturación sería, del 57,2%, una estimación conservadora porque toma como referencia la cuota de mercado en superficie de ventas de Carrefour.

### Mercado de la Distribución Minorista

	Carrefour	Mercadona	Eroski	Auchan	Corte Inglés	C3
Número establecimientos	3.163	1.137	1.738	288	318	
Metros cuadrados (millones)	2,7	1,47	1,68	0,695	0,6705	5,85
Cuota de superficie ventas	21,6%	11,8%	13,5%	5,6%	5,4%	46,9%
Facturación (millones)	14.386	13.986	9.800	4.160	4.160	46.492
Cuota aprox. de facturación (ref. Carrefour)	21,6%	20,9%	14,7%	6,24%	6,24%	57,2%

Fuente: Estimación del TVDC sobre datos de ASEDAS, 2008.

\*No tiene en cuenta la adquisición de Galerías Primero por Auchan

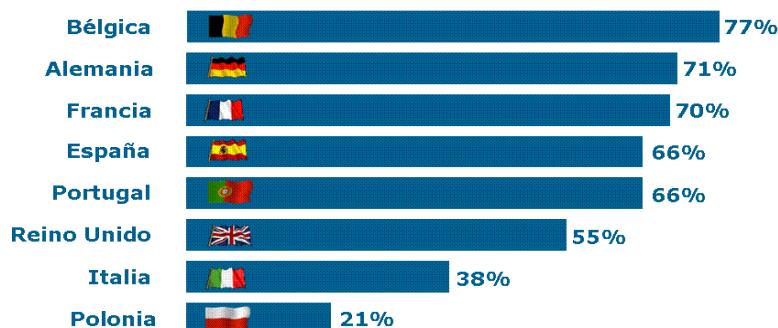
### Nielsen

La Comparecencia de Eroski ante el Parlamento Vasco citó una comparativa de Nielsen de la cuota de mercado conjunta de las cinco principales empresas de la distribución en varios países. Según los datos de Nielsen, la cuota conjunta de las cinco principales cadenas minoristas (Carrefour, Mercadona, Eroski, Auchan y El Corte Inglés) alcanzaba el 66% en 2006.

<sup>228</sup> Estas cuotas de mercado, meramente aproximativas, son coherentes con la posición de las tres empresas en el mercado relevante de las grandes superficies (que engloba hipermercados y grandes supermercados de >1.000 m<sup>2</sup>): Mercadona ocupa la primera posición en superficie de ventas (1.321.027 metros cuadrados) si bien no tiene hipermercados; Carrefour ocupa la segunda posición (868.508 metros cuadrados), si bien tiene un fuerte posicionamiento en Hipermercados, el formato más productivo; Eroski ocupa la tercera posición (763.668 metros cuadrados), con un posicionamiento equilibrado entre hipermercados y grandes supermercados.



**Concentración de los mercados: Cuotas de mercado  
en % de los 5 primeros distribuidores (2006)**



Fuente: Comparecencia de Eroski ante el Parlamento Vasco, citando a Nielsen, 2006.

Lógicamente, la cuota de mercado conjunta de las cinco principales empresas y, en particular, de Carrefour, Mercadona y Eroski ha aumentado sensiblemente de 2005 a 2008 (por ejemplo, Eroski y Auchan han adquirido Caprabo y Galerías Primero, respectivamente). La Asociación empresarial que agrupa a diversos fabricantes de bienes de consumo diario, PROMARCA, ha realizado una estimación de cuotas de mercado tomando como fuente los datos de Nielsen para el año 2008. Según estas estimaciones, la cuota de ventas conjunta de bienes de consumo diario (excluyendo los productos frescos) de Carrefour, Mercadona y Eroski alcanza el 61% y, si la estimación se circunscribe al mercado relevante de la distribución minorista en libreservicio, se eleva hasta el 63,6%.

**PARTICIPACIONES DE LA DISTRIBUCION EN LOS MERCADOS ACV DE GRAN CONSUMO  
2007**

Millones €	TOTAL ACV 63.692	ENVASADOS		Libre Servicio ENVASADOS 34.609
			PdM %	
<b>MERCADONA</b>	<b>13.088</b>	<b>9.161</b>	<b>25%</b>	<b>26,5%</b>
C.C. CARREFOUR	9.833	4.916	13,9%	14,2%
DIA +PLUS SUPERMERCADOS	4.038	3.836	10,4%	11,1%
<b>Total GCarrefour(Dia+Plus)</b>	<b>13.871</b>	<b>8.752</b>	<b>24,3%</b>	<b>25,3%</b>
G. EROSKI	6.000	3.000	7,3%	7,8%
CAPRABO	2.188	1.465	3,6%	4,0%
<b>G.Eroski+Caprabo</b>	<b>8.188</b>	<b>5.026</b>	<b>11,9%</b>	<b>11,8%</b>
G. E.Corte Inglés	5.300	3.156	7,7%	8,8%
G. ALCAMPO	4.879	2.685	6,5%	7,8%
<b>IFA + EUROMADI</b>	<b>20.900</b>	<b>10.450</b>	<b>28,4%</b>	<b>28,8%</b>
<b>TOP 3 (G.Carrefour(Dia+Plus) Mercadona, G.Eroski+Caprabo)</b>			<b>61,2%</b>	<b>63,6%</b>
<b>TOP 5 (Top3+G.Alcampo, G.Corte Ingles )</b>			<b>75,4%</b>	<b>80,2%</b>
<b>TOP 5 (Top 3 + IFA + Euromadi)</b>			<b>89,6%</b>	<b>92,4%</b>

(Caprabo(2006), Dinosol y Ahorramás pertenecen a IFA.)

Ftes: Mercado Nielsen datos ACV 2008; Balances Registro Mercantil (año 2007) y datos estimacion Promarca basados en la estructura de ventas de productos de cada detalista

Envases incluye : todas las categorías de Alimentación + Drogería/Perfumería, Charcutería ( peso fijo y variable). Excluye: Productos Frescos y no Alimentación

Canal: Libreservicio ( Hipermercados y Supermercados) + Autoservicios y tiendas tradicionales + Especialistas Drogería/Perfumería + Especialistas Charcutería

Ambito Península + Baleares

Libreservicio Envases incluye : todas las categorías anteriores en canales libreservicio (Hipers y Supers) Ambito Península + Baleares

dic-08

Fuente: PROMARCA, presentación a la CNC, enero de 2008.



### 8.2.1.3.2 Ámbito geográfico autonómico

Alimarket ofrece las cuotas de mercado en términos de superficie de ventas en el ámbito nacional y autonómico, lo que permite constatar que en el ámbito geográfico autonómico la concentración aumenta significativamente en relación al ámbito geográfico nacional<sup>229</sup>. En todas las Comunidades Autónomas se supera el grado de concentración nacional de las tres primeras empresas ( $C_3=43,9\%$ ). En 2 Comunidades Autónomas el  $C_3$  se aproxima al 45%, en 3 Comunidades Autónomas el  $C_3$  se sitúa entre el 45-50%, en 1 Comunidad Autónoma el  $C_3$  se eleva al 50-60%, en 9 Comunidades Autónomas el  $C_3$  aumenta hasta el 60-70% y en 2 Comunidades supera el 70%.

#### Concentración de los Mercados Autonómicos

C3	Comunidades Autónomas
45%	Castilla y León, Cataluña
45-50%	Andalucía, Castilla-La Mancha, Madrid
50-60%	Murcia
60-70%	Aragón*, Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Extremadura, Galicia, Rioja, Valencia
+70%	Navarra, País Vasco

Fuente: Elaboración del TVDC sobre datos “La distribución alimentaria en 2008”, Alimarket.

\* Se ha tenido en cuenta la adquisición de Galerías Primero por Auchan.

Asimismo, las tres empresas líderes del mercado nacional están presentes prácticamente en todas las Comunidades y ocupan posiciones de liderazgo en la gran mayoría de ellas.

#### Presencia Autonómica de Carrefour, Mercadona y Eroski

CC.AA.	CARREFOUR	MERCADONA	EROSKI
ANDALUCIA	1	2	7
ARAGÓN*	2	4	3
ASTURIAS	3	7	6
BALEARES	3	2	1
CANARIAS	6	3	**
CANTABRIA	2	9	4
CASTILLA- LA MANCHA	2	1	3
CASTILLA Y LEÓN	1	3	4
CATALUÑA	1	2	3
EXTREMADURA	1	3	7
GALICIA	3	5	1

<sup>229</sup>

Vid., Anexo 12.3 “Cuotas de mercado por Comunidades Autónomas (Alimarket 2008)”.



LA RIOJA	3	4	1
MADRID	1	5	2
MURCIA	2	1	3
NAVARRA	2	-	1
PAÍS VASCO	2	-	1
VALENCIA	3	1	6***

Fuente: Estimación del TVDC, tomando como referencia “La distribución alimentaria en 2008”, Alimarket.

\* Esta clasificación tiene en cuenta la adquisición de Galerías Primero por Auchan.

\*\* Problemas urbanísticos han retrasado durante diez años la instalación de dos grandes hipermercados Eroski.

\*\*\* Eroski ostentaba la segunda posición hasta la separación de la Cooperativa Consum.

Carrefour lidera la distribución minorista en términos de superficie de ventas en 5 Comunidades Autónomas (Andalucía, Castilla y León, Cataluña, Extremadura y Madrid), al igual que Eroski (Baleares, Galicia, La Rioja, Navarra y País Vasco), mientras que Mercadona es el líder en 3 Comunidades Autónomas (Castilla-La Mancha, Murcia y Valencia), representando estas 13 Comunidades Autónomas prácticamente la totalidad de la población española. Asimismo, las tres empresas líderes en el ámbito nacional ocupan las tres primeras posiciones en 4 Comunidades Autónomas y dos de ellas están entre las tres primeras empresas en 14 Comunidades Autónomas. El liderazgo de las tres empresas líderes en el ámbito autonómico sería aun mayor si Mercadona hubiera entrado en Navarra y País Vasco (ausencia inexplicable en términos económicos) y Eroski no se hubiera enfrentado a obstáculos urbanísticos en Canarias o desavenencias corporativas en Valencia. En todo caso, debe tenerse en cuenta que los datos de Alimarket se refieren a la superficie de ventas de todos los establecimientos de libreservicio. Si se toma como referencia el mercado de grandes superficies en el ámbito autonómico, la concentración del mercado y el liderazgo de las tres empresas debe ser sustancialmente mayor<sup>230</sup>.

### 8.2.1.3.3 Ámbito geográfico local

En el ámbito infraautonómico o local, dimensión geográfica tradicionalmente asociada al mercado relevante, también parece existir una mayor concentración que en el ámbito autonómico y, en mayor medida, el ámbito nacional. En este ámbito geográfico, también sobresalen los tres líderes nacionales de la distribución. Por ejemplo, del análisis del Informe Eroski/Caprabo puede observarse que, de las 19 regiones en las que se producía un aumento significativo de cuota de mercado de la empresa fusionada, en 14 de ellas (73%) su inmediato competidor era Carrefour o Mercadona.

<sup>230</sup>

Vid., análisis del mercado de grandes superficies *infra* Sección 8.2.1.4.



Cuadro nº 7: Estructura del mercado de la distribución minorista en los ámbitos geográficos afectados. 2006

Según superficie de venta (m<sup>2</sup>)

Ámbitos geográficos	EROSKI Cuota (%)	CAPRABO Cuota (%)	TOTAL Cuota (%)	Principal competidor (%)
Cariñena +alrededores Cariñena	[20-30%] [10-20%]	[10-20%] [20-30%]	[30-40%] [30-40%]	Galerias Primero [40-50%] Galerias Primero [60-70%]
La Almunia+alrededores La Almunia	[10-20%] [20-30%]	[10-20%] [30-40%]	[30-40%] [50-50%]	Carrefour [20-30%] Galerias Primero [20-30%]
Guadalajara, Azuqueca +alrededores (con Alcalá) Guadalajara, Azuqueca +alrededores (sin Alcalá)	[0-10%] [10-20%]	[0-10%] [10-20%]	[10-20%] [20-30%]	Carrefour [10-20%] Mercadona [10-20%]
Toledo +alrededores	[10-20%]	[0-10%]	[20-30%]	Carrefour [10-20%]
Illescas +alrededores (con Parla) Illescas +alrededores (sin Parla) Illescas + municipios Sur Madrid	[0-10%] [0-10%] [0-10%]	[0-10%] [10-20%] [10-20%]	[10-20%] [10-20%] [10-20%]	Carrefour [10-20%] Ahorramas [10-20%] Carrefour [20-30%]
Segovia + alrededores	[10-20%]	[10-20%]	[30-40%]	Carrefour [10-20%]
Cornellá +alrededores	[0-10%]	[10-20%]	[20-30%]	Carrefour [20-30%]
Sant Cugat +alrededores	[0-10%]	[10-20%]	[10-20%]	Carrefour [10-20%]
Isla de Ibiza	[30-40%]	[0-10%]	[30-40%]	Hiper Centro [20-30%]
Isla de Mallorca	[20-30%]	[10-20%]	[30-40%]	Mercadona [10-20%]
Madrid Sur	[0-10%]	[10-20%]	[10-20%]	Carrefour [20-30%]
Madrid Oeste	[0-10%]	[10-20%]	[10-20%]	Carrefour [20-30%]
Pamplona +alrededores	[10-20%]	[10-20%]	[30-40%]	Carrefour [10-20%]
Tudela +alrededores	[20-30%]	[0-10%]	[30-40%]	Carrefour [20-30%]

Fuente: Informe Eroski/Caprabo, p. 34, tomando como fuente al notificante y Alimarket 2007.

#### 8.2.1.4 Mercado de la distribución minorista en grandes superficies

Los datos disponibles permiten afirmar que, en consonancia con las mayores barreras de entrada (legales y económicas) presentes, la concentración en el submercado de grandes superficies es aun mayor que en el mercado de la distribución minorista<sup>231</sup> y que, de

<sup>231</sup> Esta mayor concentración en el mercado de las grandes superficies parece ser una característica común a todos los estados. *Vid.*, Dobson, “Retailer Buyer Power in European Markets...”, *op. cit.*, nota a pie 9, pp. 7-8: “In the UK, for example, the Competition Commission (2000) found that the top five retailers accounted for 69.2% of sales of grocery and daily products but that the top five grocers accounted for 75.6% of stores over 600 sq.m. and 89.3% of stores over 1,400 sq.m. (i.e. of superstore/hypermarket size).”



forma análoga a lo que ocurre en este mercado, la concentración aumenta a medida que se circumscribe el ámbito geográfico analizado.

#### 8.2.1.4.1 Ámbito geográfico nacional

Si el análisis de concentración se circumscribe al segmento de hipermercados o al submercado de las grandes superficies (hipermercados y grandes supermercados), se observa que la concentración en el ámbito nacional aumenta significativamente en relación al mercado de la distribución minorista.

##### Distribución minorista en hipermercados

GRUPO	m <sup>2</sup>	%
CARREFOUR	685.700	41,1%
EROSKI	343.900	20,6%
AUCHAN	288.500	17,3%
EL CORTE INGLES	184.500	11,1%
DINOSOL SUPERMERCADOS	41.095	2,5%
E.LECLERC	23.330	1,4%
BON PREU, S.A.	22.125	1,3%
RESTO	77.582	4,7%
TOTAL ESTADO	1.666.732	100%
C3	79,1%	
C5	92,6%	

Fuente: Cálculo del TVDC sobre los datos “La distribución alimentaria en 2008”, Alimarket.

##### Distribución Minorista en grandes superficies (hipermercados y grandes supermercados)

GRUPO	m <sup>2</sup>	%
MERCADONA	1.321.027	26,0%
CARREFOUR	868.508	17,1%
EROSKI	763.668	15,1%
EL CORTE INGLES	411.645	8,1%
AUCHAN	344.551	6,8%
CONSUM,COOP	191.978	3,8%
DINOSOL SUPERMERCADOS,S.L.	158.264	3,1%
RESTO	1.011.781	20,0%
TOTAL ESTADO	5.071.422	100,0%
C3	58,2%	
C5	73,1%	

Fuente: Cálculo del TVDC sobre los datos “La distribución alimentaria en 2008”, Alimarket.

#### 8.2.1.4.2 Ámbito geográfico provincial/local

La concentración en el mercado de las grandes superficies parece ser superior en el ámbito regional que en el ámbito nacional. Por ejemplo, puede observarse la estabilidad y elevada concentración de los mercados de grandes superficies de las tres provincias del País Vasco en los años 2000-2008.

**Mercado de grandes superficies del País Vasco (2008)**

2008	BIZKAIA	GIPUZKOA	ARABA
Eroski	63%	54%	64%
Carrefour	18%	16%	26%
Auchan	10%	19%	8%
<b>C3</b>	<b>91%</b>	<b>89%</b>	<b>98%</b>

Fuente: Estimación del TVDC sobre datos del Departamento de Comercio del Gobierno Vasco, mayo 2008.

**Mercado de grandes superficies del País Vasco (2000)**

2000	BIZKAIA	GIPUZKOA	ARABA
Eroski	62%	49%	52%
Carrefour	25%	20%	34%
Auchan	6%	21%	11%
<b>C3</b>	<b>93%</b>	<b>90%</b>	<b>97%</b>

Fuente: Estimación del TVDC sobre datos del Departamento de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco, mayo 2008.

Asimismo, en su Informe Carrefour/Promodès, el TDC constató que Carrefour controlaría los tres hipermercados sitos en la ciudad de Palma y propuso la desinversión de uno de ellos. El Consejo de Ministros no siguió la recomendación del TDC y prácticamente 8 años más tarde la situación sólo había mejorado ligeramente con la implantación de un pequeño hipermercado Caprabo (adquirido por Eroski)<sup>232</sup>.

<sup>232</sup> Las grandes superficies de Mercadona y Alcampo en Calviá y Marratxinet respectivamente se encuentran a 15 minutos aproximadamente de la ciudad de Palma, por lo que ejercen una presión competitiva marginal sobre los hipermercados de la ciudad.

**Cuadro nº 13: Grandes superficies comerciales en la Isla de Mallorca.****Enseña, localización y superficie (m<sup>2</sup>)**

Nombre	Población	Superficie (m <sup>2</sup> )
1. ALCAMPO	MARRATXINET	[...]
2. CAPRABO	PALMA DE MALLORCA	[...]
3. CAPRABO	SANT LLORENÇ DES CARDASSAR	[...]
4. CARREFOUR	PALMA DE MALLORCA	[...]
5. CARREFOUR	PALMA DE MALLORCA	[...]
6. CARREFOUR	PALMA DE MALLORCA	[...]
7. HIPER CENTRO	INCA	[...]
8. HIPER CENTRO	MANACOR	[...]
9. MERCADONA	CALVIA	[...]

Fuente: Informe Eroski/Caprabo, p. 40.

### 8.2.2 Transparencia

El mercado de la distribución minorista de bienes de consumo diario se caracteriza por una elevada (i) homogeneidad de los bienes de consumo; y (ii) una elevada transparencia de precios y servicios.

En primer lugar, la homogeneidad de los productos vendidos es la regla en el mercado de la distribución en grandes superficies. Todas ellas ofrecen al consumidor la posibilidad de realizar su compra regular de bienes diarios de consumo (cesta de la compra) en un mismo entorno comercial. En particular, todas las grandes superficies ofrecen los mismos productos de las marcas líderes (*homogeneidad absoluta*), un segmento decisivo en la dinámica competitiva porque sirve como “gancho” para atraer consumidores a los establecimientos<sup>233</sup>. Asimismo, si bien el producto de marca del distribuidor (marca blanca) ha ido adquiriendo una relevancia progresiva, debe tenerse en cuenta que su formato, contenido y calidad está referenciado a los productos de marca de fabricante y productos de marca blanca competidores, lo que permite al consumidor compararlo y sustituirlo fácilmente por otros productos equivalentes de marca blanca rival o de fabricante (*homogeneidad sustancial*)<sup>234</sup>.

<sup>233</sup> *Vid.*, nota de prensa de la CNC, *El Tribunal de Defensa de la Competencia sanciona a SOS Cuétara y a ocho grandes cadenas de distribución por pactar el precio de venta al público de dos marcas de aceite*, 28 de junio de 2007: “Con la adopción de estos acuerdos SOS Cuétara conseguía unos precios estables para sus productos, al evitar el uso de sus marcas de aceite por las cadenas de distribución como “productos gancho”, objeto de frecuentes rebajas y ofertas para atraer a la clientela. Por su parte, las empresas de la gran distribución eliminaban un elemento de fuerte competencia, como era el precio de los aceites de las marcas más vendidas, lo que les permitía no estrechar en demasiado sus márgenes de beneficio en los aceites de marca blanca que, por razones de estrategia comercial, suelen permanecer en niveles de precios inferiores a los de las marcas comerciales de mayor prestigio”.

<sup>234</sup> *Vid.*, Estudio ACCC 2008, pp. 361-362, en el que las dos principales cadenas de distribución australianas explican como establecen el precio/calidad de sus diferentes líneas de marca blanca en relación a productos de fabricante y de la marca blanca rival equivalentes: “As noted above, each MSC has changed its private label strategy from a focus on lower priced/lower quality products to tiered



Aun admitiendo que la localización/servicios de cada establecimiento comercial puede constituir un factor diferenciador dentro del mercado relevante, las empresas pueden valorarlo en su política de precios, asumiendo un papel de líder o adaptando sus precios (con un diferencial positivo o negativo determinado) a los del líder o empresa de referencia<sup>235</sup>.

En segundo lugar, la transparencia de precios es una característica fundamental de la distribución minorista en grandes superficies. Tratándose de establecimientos abiertos al público, las variaciones de los precios de los productos a la venta en una gran superficie pueden ser inmediatamente conocidas por los distribuidores rivales, gracias a mecanismos de control sistemático de los precios de la competencia<sup>236</sup>. Las empresas

---

products that are differentiated in terms of price and quality, and which compete directly with proprietary branded products. Coles told the inquiry that it has adopted a three-tiered strategy. Its Coles Smart Buy label is the budget/tier 1 label positioned to be priced the same as or below competitors' EDLP private label product. Coles also told the inquiry that its tier 2 You'll Love Coles range of private label products is generally priced at least 10 per cent below the price of a group of target competitor products. You'll Love Coles products are also priced with reference to the comparable Coles Smart Buy product. According to Coles, the You'll Love Coles products are not generally discounted and must not be priced below the comparable Coles Smart Buy product. Finally, Coles told the inquiry that it also offers the tier 3 Coles Finest premium range of private label products. It currently has 34 products in this range, which are primarily used around peak seasonal periods like Christmas. Coles does not consider that Woolworths' Select products compete with Coles Finest. In contrast, Woolworths told the inquiry it has adopted a two-tiered private label strategy. Adopting a similar pricing strategy to Coles, Woolworths said that its Homebrand product (tier 1) is priced to match the price of competitors' comparable private label products. The Select label is targeted at the market leader and is generally priced to be cheaper than the market leading brand. Its Organics, Naytura and Freefrom private label brands cater to specific dietary needs. Woolworths does not consider that its Select range competes with the You'll Love Coles range. Contrary to Coles' view, Woolworths considers that You'll Love Coles products are aimed more at second- and third-tier proprietary brands. According to Woolworths, the Coles Finest range is more closely aligned with Woolworths' Select range in terms of quality. However, as the Coles Finest range is currently quite small there are, according to Woolworths, few Select products that have a direct Coles Finest competitor. The ACCC considers that the pricing strategies adopted by Coles and Woolworths for their premium private label products generally result in those private label products having lower shelf prices than branded products of comparable quality. This suggests that private label products can be a source of price competition for those proprietary branded products.”

<sup>235</sup> *Vid.*, en este sentido, Decisión 448 de la Commerce Commission (Nueva Zelanda), *Progressive Enterprises Limited and Woolworths (NZ) Limited* (“Decisión Progressive/Woolworths”), 14 de diciembre de 2001, párrafos 161-162.

<sup>236</sup> *Vid.*, Estudio Competition Commission 2000, “The main parties pricing behaviour: 2.234. All the main parties undertake regular monitoring of their competitors' pricing, and this is the principal means they employ both to ensure that they are competitive on individual product lines, and to maintain their overall price position relative to other retailers. When monitoring the prices of other companies, the parties often assemble different representative ‘baskets’ of goods. These usually include a basket comprising high-selling or high-profile product lines. Larger baskets, containing both KVIIs and some other products, will also sometimes be compared. Less frequent checks are typically also carried out on a wider range of slower-selling, ‘background’ products. 2.235. It seems clear that for most of the parties there is a core group of products that are particularly important for comparative purposes and on which they tend to concentrate their price monitoring activity. As well as core lines or KVIIs, budget own-label products are also intensively monitored by all the parties that stock them. Although representing a small proportion of the total number of products stocked, these categories of product account for a very much higher proportion of the parties' total revenue. Some parties also identify a group of products on which they will not allow themselves to be undercut. 2.236. Some price monitoring exercises are used to ensure that an overall price target is achieved that maintains a company's price position relative to other grocery



dedican recursos importantes al seguimiento actualizado de los precios aplicados por sus competidores. El Estudio Competition Commission 2000 desveló que las grandes empresas de la distribución controlan los precios de todos los productos representativos de la cesta de la compra típica (denominados “Known Value Items” o “KVI”), incluyendo variaciones para tener en cuenta “cestas de ahorro” y sus propias marcas blancas. El seguimiento de precios se extiende a cientos e incluso miles de productos que representan el volumen mayoritario de las ventas de la distribución minorista<sup>237</sup>.

Asimismo, las empresas pueden recurrir a mecanismos de información indirecta para perfeccionar el seguimiento de precios de la competencia. Estos mecanismos indirectos pueden hacer descansar la labor de control de precios en los consumidores y los proveedores.

En relación a los consumidores como fuentes de información, conviene destacar las campañas de “precio más bajo”, que consisten en una garantía de precio más bajo y la devolución al consumidor de la diferencia de precios entre un producto vendido en un establecimiento propio y el mismo producto vendido por la competencia.

La utilización de los proveedores como fuente de información informal, se enmarca en la constante interacción comercial entre ambas partes y puede beneficiar a ambos. Por ejemplo, si un proveedor líder actúa como gestor de su categoría para uno o varios distribuidores, es de esperar que fluya información sobre precios minoristas que puede diseminarse entre todos los competidores<sup>238</sup>. Igualmente, si un proveedor está

---

retailers. In such cases, individual product lines might be allowed to deviate from the relative price rule so long as the target is achieved at category level, or for the overall basket. Many of the parties told us that their buyers were expected to know competitor prices for all the product lines under their control” (p.58); Estudio Competition Commission 2008, Secciones 4.66-4.68 “*Grocery retailers’ monitoring of their competitors*”, pp. 64-65; y Decisión Progressive/Woolworths, párrafo 48: “Staff from all three supermarket chains described systematic, thorough and quite sophisticated procedures for the monitoring and analysis of rival supermarkets’ prices. Typically, individual lines are grouped into three or four categories. The top category (key lines) of approximately 150 lines is checked against those of competitors on a weekly basis, the next category fortnightly, and so on. Over a full cycle of six or eight weeks, thousands of lines have been processed in this way. The Commission regards it as significant that these procedures are directed almost entirely toward other supermarkets”.

<sup>237</sup> Estudio Competition Commission 2000, “*Focused Competition*”, epígrafe 2.335., p. 74: “...Tesco said that its National basket of products, which now contained nearly 4,000 lines, was representative of the whole of its business and comprised a significant proportion (49 per cent) of its turnover. All the products in the National basket had substitutes outside it, so National basket prices acted as ‘anchors’ for the prices of all of its products, not as a focus for competition. Tesco argued that its price monitoring was not the driver of its pricing policy, but rather the means by which it checked the success of its pricing strategy; it checked over 4,000 lines every week and also undertook extensive monitoring outside this weekly routine...Sainsbury told us that it monitored 2,000 product lines every four weeks and carried out irregular monitoring of its wider range, to ensure its competitiveness...Safeway told us that it carried out a weekly check on its top 1,000 lines, including KVs and budget own-label products, and additionally undertook further checks on all KVs and budget own-label lines. It made occasional checks on all lines...Asda said that its weekly check of 1,400 high-selling items and monthly check on a further 600 items were evaluative tools...Somerfield told us that it checked 1,000 of its most important products, mainly KVs, against Asda, Safeway, Sainsbury and Tesco. These were 4 per cent of its lines but represented 40 per cent of its sales value...”

<sup>238</sup> Estudio Competition Commission 2008, epígrafes 8.14 y 8.15, p. 150.



interesado en posicionar sus productos en un segmento de calidad y precios altos, puede contribuir a homogeneizar los precios minoristas en un determinado nivel, actuando sobre los precios de compra y canalizando las quejas de los distribuidores frente a aquéllos que están reduciendo sus precios minoristas en exceso<sup>239</sup>.

Por último, también existen mecanismos de seguimiento y comparación de precios desarrollados por asociaciones de consumidores<sup>240</sup> y el propio Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. En particular, este último ha lanzado en noviembre de 2008 el Observatorio de Precios del Comercio Minorista, que toma una muestra de más de 4.000 establecimientos en toda España distribuidos en las 52 capitales de provincia más Gijón, Vigo, Jerez de la Frontera y Talavera de la Reina, y cubre 188 productos. La información es presentada trimestralmente a nivel de capital de provincia y comunidad autónoma, por tipo de establecimiento (hipermercado, supermercado, mercados municipales, tiendas de descuento y establecimientos especializados) y, por enseñas<sup>241</sup>.

### 8.2.3 Capacidad de disuasión dentro del oligopolio

La teoría económica del oligopolio colusivo requiere que las empresas oligopolistas dispongan de herramientas suficientes para disuadir a otros miembros del oligopolio de adoptar o, en su caso, de mantener conductas competitivas, garantizando así la persistencia de la concertación tácita (paralelismo de precios) frente a episodios esporádicos de competencia.

El mercado de la distribución minorista y, en particular, el submercado de las grandes superficies, permite un seguimiento en tiempo real de los precios de los competidores, permitiendo de esta forma represalias inmediatas. Las principales empresas son conscientes de que pueden desencadenar, en términos económicos, una competencia de suma cero o negativa: la bajada de precios de una empresa incrementa sus ventas a costa de otra empresa, que reacciona a su vez bajando los suyos en mayor medida para

<sup>239</sup> Estudio Competition Commission 2008, p. 151; “8.19 Our review of emails between buyers at Tesco and Asda and their suppliers for the five-week period between 18 June 2007 and 22 July 2007 provided some instances of suppliers providing information to retailers in relation to rival retailers (see Appendix 9.1). The review consistently showed suppliers providing information to retailers on the current retail price at which competitors were selling goods, as well as details of current product promotions at competitors. There were also some examples where suppliers offered information to grocery retailers regarding the future plans of competitors. Our review did not, however, involve a search for evidence of any of these offers being accepted by grocery retailers.” Asimismo, Conseil de la Concurrence, Décision 07-D-50, de 20 de diciembre de 2007, relativa a prácticas anticompetitivas en el sector de la distribución de juguetes (“Resolución distribución de juguetes del Conseil de la concurrence”), párrafo 534: “Le dossier contient plusieurs indices à caractère général montrant que fournisseurs et distributeurs conviennent entre eux des prix auxquels les jouets dits «de Noël» doivent être proposés aux consommateurs. Ils mettent notamment en relief le rôle de référence joué, pour la plupart des fournisseurs, par le prix d’achat négocié avec les GSA [grandes surfaces alimentaires], auquel s’ajoute la TVA pour former le prix de vente aux consommateurs: les GSS [grandes surfaces spécialisées] s’alignent sur ce prix, quelles que soient les conditions obtenues des fabricants. Même Maxi Toys, qui pourtant s’approvisionne à des conditions différentes en Belgique est incité à s’aligner sur ce prix de référence. Le rôle actif joué par les fabricants ne permet pas de considérer qu’il s’agit d’un alignement spontané.”

<sup>240</sup> *Vid., infra* Sección 8.4.1.

<sup>241</sup> *Vid.*, la página web del Observatorio de Precios: <http://www.observatorioprecios.es>



compensar las ventas perdidas en una sucesión de descuentos que puede generar incluso pérdidas para ambas (competencia destructiva).

Esta circunstancia no excluye la aparición de episodios esporádicos de guerras de precios, por ejemplo cuando una empresa entra en un mercado local y debe competir para adquirir una masa crítica suficiente. Sin embargo, estos episodios generan inmediatamente un alineamiento generalizado de precios a la baja que estabiliza las cuotas de mercado de las empresas y sus precios, de forma que la colusión tácita entre competidores y la adopción de precios supracompetitivos vuelve a imponerse como la estrategia óptima para todos ellos. Por ejemplo, la apertura en 2003 de un hipermercado Carrefour en Vigo y su política agresiva de precios, desencadenó una guerra de precios con el hipermercado Continente, que arrastró al resto de la distribución minorista. Sin embargo, tras un periodo inicial de inestabilidad, el mercado local retornó a la estabilidad de los precios colusivos<sup>242</sup>.

Igualmente, las campañas de promoción, asociadas a un reducido número de productos y de duración limitada, que realizan prácticamente todas las empresas, son plenamente compatibles con un mercado oligopolista en el que la tendencia global de precios es inflacionista y de hecho sirven para relajar la tensión competitiva sobre el resto de productos no incluidos en la promoción (la gran mayoría). En todo caso, las promociones deben ser difundidas ampliamente y con suficiente antelación para resultar eficaces, facilitando así una reacción proporcionada e igualmente eficaz por parte de las empresas competidoras. Por ejemplo, en septiembre de 2005, Carrefour desarrolló una campaña de “3x2” en televisión que fue inmediatamente replicada por sus principales competidores:

“Carrefour ha lanzado una campaña de comunicación en TV para anunciar su oferta actual de productos 3x2 (llévate 3 y paga sólo 2). No parecería nada excepcional, si no fuera porque, simultáneamente, todos sus competidores están también en televisión con campañas idénticas: Hipercor (2ª unidad al 50%), Caprabo (3x2) o Eroski (2ª unidad al 50%). Después de la vuelta al cole, parece que los distribuidores están ansiosos por captar clientes. Pero robándoselos el uno al otro lo único que consiguen es reducir su margen y su rentabilidad. Hay que ser hábil para evitar las guerras de precios abiertas.”<sup>243</sup>

Asimismo, en el 2009 se ha iniciado una guerra de precios entre las tres principales empresas de la distribución, articulada mediante campañas públicas de descuentos sustanciales (un % elevado sobre el precio de venta) en una serie de productos. En un contexto de crisis económica aguda que tiene efectos deflacionistas en todos los sectores, el detonante de la guerra de precios en la gran distribución parece haber sido la decisión de Mercadona de eliminar 800 referencias no competitivas de sus lineales y estudiar la posible eliminación de otras 1.200, para ofrecer un ahorro estimado a sus

<sup>242</sup> “La guerra de precios acorta las diferencias entre supermercados y grandes superficies”, La Voz de Galicia, 22 de noviembre de 2003.

<http://www.lavozdegalicia.es/hemeroteca/2003/11/22/2185833.shtml>

<sup>243</sup> “Guerra de precios en los supermercados”, Juanjo Rodríguez, 29 de septiembre de 2005.  
<http://bajolalinea.duplexmarketing.com/2005/09/guerra-de-precios-en-los-supermercados.html>



consumidores de un 10% sobre la cesta de la compra tipo<sup>244</sup>. La publicidad generada por la iniciativa de Mercadona ha tenido una respuesta inmediata por parte de sus competidores. En particular, “Carrefour está siendo uno de los grupos de distribución más agresivos en su política de bajada de precios.(...). Carrefour también ha recurrido a la publicidad comparativa a pie de calle. Desde hace varios meses, viene colocando en las entradas de sus centros grandes carteles en los que se puede leer “Somos más baratos que Mercadona”. Además, exhibe junto a la puerta del establecimiento grandes paneles con el mismo mensaje y una tabla comparativa de precios. No es una estrategia publicitaria utilizada en todos los establecimientos del grupo francés en España sólo en aquellos situados en localidades donde la cadena de supermercados valenciana tiene una importante influencia”<sup>245</sup>. Finalmente, Eroski también se ha sumado a esta guerra de precios con descuentos de hasta el 40% en una lista de productos, a pesar de que su Presidente previno de sus efectos negativos para todos los competidores, en el congreso anual de la Asociación AECOC, celebrado a finales de octubre de 2008<sup>246</sup>.

Frente a las guerras de precios esporádicas, las empresas líderes pueden desarrollar campañas disuasorias que señalen a los demás competidores su disposición a entrar en una guerra de precios para prevenir su aparición. Carrefour, la empresa líder en el segmento hipermercados y una de las tres principales empresas en el mercado de la distribución minorista y en el submercado de las grandes superficies, desarrolla desde al menos 2007 una campaña nacional de precios más bajos: Carrefour se compromete a igualar en sus hipermercados los precios más bajos ofrecidos por la competencia y a devolver en un plazo de 24 horas la diferencia entre los productos comprados en otro establecimiento y los vendidos en sus hipermercados. Esta campaña de duración indefinida afecta a todos los productos vendidos en sus hipermercados y tiene un efecto disuasorio frente a sus competidores: compromete legalmente a Carrefour a igualar los precios más bajos ofrecidos por la competencia, desincentivando de esta forma veleidades competitivas por parte de sus competidores”<sup>247</sup>.

La efectividad de la campaña de precios más bajos de Carrefour ha sido puesta a prueba en un artículo periodístico. Una comparación con Eroski y Lidl, sólo desveló precios superiores en 7 productos (6 de Eroski 1 de Lidl). En todo caso, una vez Carrefour fue informado de esta circunstancia, procedió a igualar sus precios y en algún caso mejorarlos. Sin embargo, el proceso de ajuste fue más lento en relación a un producto (Pepsi de 2 litros). Carrefour comenzó por rebajar el precio de 1,45 a 1,03 euros, importe equivalente a su precio de compra, pero aún cuatro céntimos (5%) mayor que el precio fijado por Eroski. Por ello, Carrefour explicó al periodista que tuvo que comprar

<sup>244</sup> Nota de prensa de Mercadona de 18 de febrero de 2009, “Mercadona baja los precios un 10% de media”. <http://www.mercadona.es/corp/esp-html/noticias.html#noticia6>

<sup>245</sup> “La caída del consumo desata la guerra más salvaje entre los ‘hiper’”, el Mundo, 1 de marzo de 2009. <http://www.elmundo.es/mundodinero/2009/02/27/economia/1235757685.html>

<sup>246</sup> Idem: “Hace unos meses, en el congreso Aecoc, donde se reunieron la plana mayor del sector de la alimentación, el presidente de Eroski, Constan Dacosta, advirtió contra los peligros de entrar en una guerra de precios. “Si entramos en una dinámica de bajar precios para impulsar las ventas saldremos perdiendo todos”, proclamó. Sin embargo, el grupo vasco no ha tenido más remedio que entrar en la contienda. Actualmente, coincidiendo con la celebración del 40 aniversario del grupo ha lanzado una gran promoción con descuentos del 40% en un gran número de productos.” *Vid.*, asimismo, *supra* nota 215.

<sup>247</sup> *Vid.*, Anexo 12.4 “Bases de la Garantía de Mejor Precio Carrefour”.



el artículo para justificar la rebaja en la necesidad de igualar el precio del competidor, una salvedad permitida por la ley que prohíbe la venta a pérdida.<sup>248</sup>

La campaña de precios más bajos de Carrefour, es una conducta típica por parte del líder colusivo en mercados oligopolistas que coadyuva a disciplinar el mercado y disuadir a los competidores de iniciar guerras de precios.

#### 8.2.4 Ausencia de reacción competitiva externa

La teoría económica y la jurisprudencia de los tribunales europeos consideran que la colusión tácita en un mercado oligopolista sólo es posible si existen barreras de entrada o expansión y los consumidores no disponen de fuerza suficiente para contrarrestar la colusión tácita.

##### 8.2.4.1 Barreras de entrada

La CNC ha definido las barreras a la entrada como “todas aquellas dificultades y costes que desalientan o directamente imposibilitan la entrada de empresas en un determinado mercado”, señalando que “cuanto más costosas de superar sean éstas, mayores serán las posibilidades de las empresas ya instaladas de explotar las rentas monopólicas u oligopólicas que pudiesen existir, con las consiguientes pérdidas de eficiencia (se producen menos bienes y servicios, más caros y de peor calidad) y de equidad (el consumidor, si decide comprar, se ve forzado a realizar una transferencia de renta al empresario en exceso de lo que una cantidad similar le costaría si existiese competencia)”<sup>249</sup>. En relación a las categorías de barreras de entrada, la CNC ha diferenciado las barreras legales y económicas: “La diferencia fundamental entre las barreras económicas y las legales reside en que las segundas, por definición, son introducidas de forma voluntaria por el poder público, empleando su capacidad normativa, mientras que las primeras se fundamentan en la naturaleza de los bienes necesarios para la puesta en práctica de la actividad considerada o en el comportamiento estratégico de los competidores”<sup>250</sup>.

###### 8.2.4.1.1 Legales

Las enormes barreras legales que restringen las actividades de comercio mayorista y minorista de bienes de consumo diario y generan rentas monopolistas para las empresas establecidas, han sido denunciadas repetidamente tanto por organismos internacionales como nacionales.

En el ámbito internacional, el Fondo Monetario Internacional (FMI), OCDE y la Comisión se han pronunciado sobre estas barreras legales y sus efectos sobre la competitividad y la inflación. Los estudios anuales del FMI sobre la economía española han denunciando regularmente las barreras legales en este campo y han pedido su supresión<sup>251</sup>. Los índices de restricción del comercio minorista elaborados por la OCDE

<sup>248</sup> “Si lo encuentra más barato, paciencia”, El País, 23 de septiembre de 2007.

[http://www.elpais.com/articulo/economia/encuentra/barato/paciencia/elpepueco/20070923elpepueco\\_5/Tes](http://www.elpais.com/articulo/economia/encuentra/barato/paciencia/elpepueco/20070923elpepueco_5/Tes)

<sup>249</sup> Informe Eroski/Caprabo, p. 48. *Vid.*, igualmente, Informe Carrefour/Dinosol, p. 50.

<sup>250</sup> Informe Eroski/Caprabo, p. 48.

<sup>251</sup> *Vid.*, por ejemplo, IMF Spain Report 04/89, (2003), Marzo de 2004, p. 21, epígrafe 31 (“The obstacles to effective competition arising from initiatives by the regions in retail trade and distribution



han constatado que España es uno de los países con regulaciones más restrictivas en el ámbito del comercio minorista<sup>252</sup>.

	Retail		
	1996	2003	2008
Australia	1,2	1,2	1,6
Austria	4,1	4,5	3,6
Belgium	3,7	3,9	3,7
Canada	2,4	2,7	3,0
Czech republic	0,7	0,9	1,6
Denmark	2,8	2,6	2,9
Finland	3,4	3,1	3,1
France	4,8	3,1	3,1
Germany	2,3	2,6	2,4
Greece	4,1	4,2	..
Hungary	1,0	1,3	2,1
Iceland	2,0	2,4	2,4
Ireland	1,3	1,1	..
Italy	3,0	2,5	2,6
Japan	5,2	2,4	2,4
Korea	1,1	1,5	1,0
Luxembourg	..	..	4,3
Mexico	2,2	2,0	2,4
Netherlands	2,0	1,6	2,1
New Zealand	..	2,0	2,1
Norway	3,5	3,0	2,6
Poland	3,6	3,2	3,2
Portugal	3,1	2,8	3,0
Slovak Republic	..	1,5	..
Spain	3,6	3,4	2,7
Sweden	1,3	0,5	0,5
Switzerland	1,3	0,8	0,8
Turkey	3,3	1,8	1,5
United Kingdom	3,5	2,0	2,0
United States	..	2,6	2,6

Fuente: OCDE, “Indicators of regulatory restrictions in the retail distribution sector”, 2008.

were of particular concern”; IMF Spain Report 05/56 (2004), Febrero de 2005, p. 21, epígrafe 34 (“While competition in a number of key product markets has advanced, obstacles to effective competition in retail distribution persist”); IMF Spain Report 07/175 (2007), Mayo de 2007 (“Informe FMI 2007”), pp. 10-13.

<sup>252</sup> La OCDE sólo mide la regulación estatal, a la que habría que sumar las restricciones autonómicas y municipales que restringen la competencia en la distribución minorista, que han ido aumentando en los últimos años.



Asimismo, el Informe anual de la OCDE sobre España del año 2007 ha incidido en esta cuestión:

“El fortalecimiento de la competencia en los mercados de producto, que es otra prioridad oficial, es crucial para lograr ganancias en eficiencia, tanto estáticas como dinámicas. Una competencia más vigorosa aumenta la disciplina en la fijación de precios en el mercado de productos, especialmente en el sector no expuesto al comercio exterior, estimula la innovación, la adopción de nuevas tecnologías y, en última instancia, el crecimiento de la productividad. Si bien la regulación se ha vuelto más favorecedora de la competencia desde 1998, según los Indicadores de la OCDE de Regulación de los Mercados de Producto, el progreso logrado no ha sido más rápido que en otros lugares, y de ahí que todavía haya un gran margen para liberar a las fuerzas del mercado(...). Si bien estas medidas generales serán beneficiosas, debería hacerse más por aumentar las presiones competitivas en diversos sectores individuales. Por ejemplo, los grandes supermercados sufren unas injustificadas barreras de entrada, impuestas por las Comunidades Autónomas. Las autoridades podrían hacer uso de la futura directiva europea sobre servicios para eliminar estos obstáculos. En cualquier caso, pese a las pequeñas iniciativas ya emprendidas en el sector minorista, deberían tomar medidas más firmes para reducir la pléthora de reglamentos autonómicos tendentes a fragmentar el mercado español.”<sup>253</sup>

Por último, la Comisión, en su Informe de 2004 relativo al progreso de la Agenda de Lisboa, señaló que en España no había competencia suficiente en el comercio minorista de bienes de consumo diario<sup>254</sup>.

En el ámbito nacional, el Banco de España ha elaborado un indicador del grado de regulación del comercio minorista a nivel autonómico para el período 1997-2007, que recoge la normativa sobre el horario semanal global, la apertura en domingos y festivos, el período de rebajas, la definición de los establecimientos para los que se requiere una licencia de la comunidad autónoma, la exigencia de licencia autonómica para los establecimientos de descuento duro, las moratorias y los impuestos específicos para las grandes superficies (se han establecido ponderaciones para cada barrera legal considerada). Este indicador no contempla las barreras legales comunes a todas las CCAA ni las que imponen las administraciones locales. La conclusión del Banco de España es que, en general, existe en la actualidad una regulación más restrictiva en el sector del comercio minorista que la que se encontraba en vigor al comienzo del período analizado (1997)<sup>255</sup>.

<sup>253</sup> Estudio económico de la OCDE sobre España, 2007 (Síntesis), p. 10.

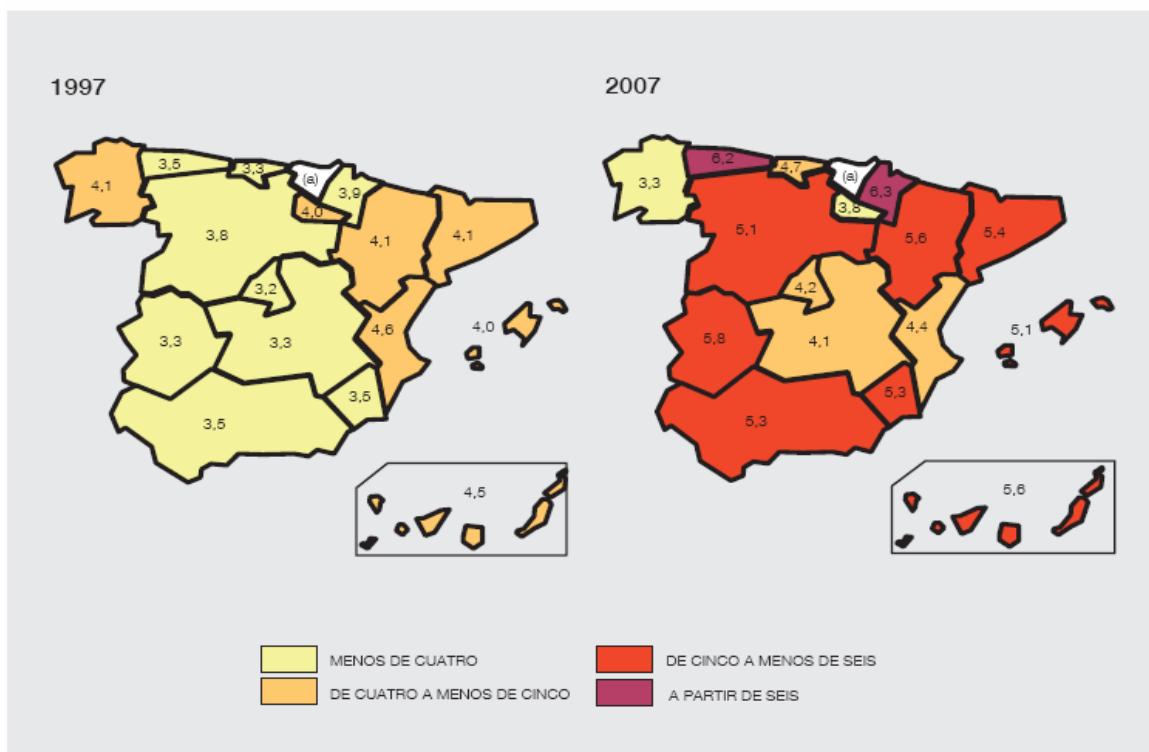
<sup>254</sup> Report from the Commission to the spring European Council, Delivering Lisbon Reforms for the Enlarged Union, COM (2004) 29 final/2, 20.2.2004, p. 66.

<sup>255</sup> M.ª de los Llanos Matea y Juan S. Mora, “Una aproximación a la regulación del comercio al por menor a partir de indicadores sintéticos”, Dirección General del Servicio de Estudios, Banco de España, Boletín Económico 100, Octubre 2007, pp. 90-100.



GRADO DE REGULACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA  
POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS

GRÁFICO 2



FUENTE: Banco de España.

a. El País Vasco no está incluido.

Por otra parte, el TDC ha denunciado de forma encomiable, a la vez que infructuosa, las barreras legales de todo tipo que restringen la competencia. El Estudio TDC 2003 denunció las barreras legales de establecimiento y horarios, y recomendó su abolición. Asimismo, el TDC ha aprovechado su función consultiva en el control de concentraciones para denunciar y solicitar la abolición de estas barreras legales. Por ejemplo, en el Informe Caprabo/Enaco, el TDC afirmó lo siguiente:

“En definitiva, a pesar de la naturaleza generalmente competitiva, la distribución minorista se encuentra sometida a numerosas, prolíficas y dispares normativas en el territorio español. Su inmediato resultado consiste, paradójicamente, en limitar la competencia. En particular, las restricciones cuantitativas referentes a la superficie de venta en una zona geográfica restringen la competencia al rechazar la entrada de eventuales nuevos entrantes en el mercado. Se corre así el riesgo de crear monopolios locales inmunes a la competencia, atrincherados en mercados geográficos al amparo de normativas comunitarias y municipales.

Por otra parte, como ya se ha mencionado en este informe, el comercio al por menor no sólo compite en precios sino en situación próxima al consumidor. Una vez copadas las



mejores ubicaciones, la entrada resulta muy difícil. La normativa intervencionista permite consolidar situaciones de monopolio espacial en algunas áreas de mercado.”<sup>256</sup>

En el Informe Eroski/Caprabo, la CNC ha continuado la labor de denuncia de las barreras legales iniciada por el TDC, señalando que “consolidan los monopolios locales de las empresas ya implantadas”, originando así “transferencias de rentas de los consumidores, vía mayores precios, hacia los pequeños y medianos distribuidores y a favor de los grupos empresariales ya instalados, con establecimientos, en muchas ocasiones de gran superficie, libres de la competencia potencial”:

“En el sector de la distribución comercial, las barreras legales se están convirtiendo en la principal dificultad de acceso al mercado, incidiendo de manera cada vez más determinante sobre la expugnabilidad de este tipo de mercados. El Tribunal ha analizado en repetidas ocasiones los efectos sobre la competencia efectiva de la normativa relativa a la distribución comercial en España [Nota a pie: *Vid.* Informes de concentración C52/00 Carrefour/Promodès; C70/02 Caprabo/Enaco; C78/03 Leroy Merlin/Brico; C79/03 Día/El Árbol, C83/03 Caprabo/Alcosto, C92/05 Dinosol/Mercacentro y C95/06 Miquel Alimentació/Puntocash, así como en el Informe del Tribunal sobre las condiciones de competencia en el sector de la distribución comercial de 4 de junio de 2003 (I 100/02)]. En particular, y sin ánimo de exhaustividad, el Tribunal ha destacado las siguientes barreras legales a la entrada en la distribución comercial minorista en establecimientos comerciales:

1. La excesiva dispersión normativa en la regulación de la actividad comercial en España [nota a pie: “Dicha dispersión no sólo actúa como barrera a la entrada al incrementar los costes informacionales de las empresas, si no que, inicialmente a medio plazo, ha deteriorado la unidad de mercado, reduciendo el nivel general de competencia en el sector”]. Dicha dispersión es consecuencia del muy heterogéneo desarrollo que las legislaciones autonómicas han realizado sobre diversos extremos de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista [nota a pie omitida].
2. El carácter crecientemente restrictivo de las regulaciones comerciales en vigor, tanto a nivel municipal como, sobre todo, regional. En particular, la licencia comercial específica exigida a nivel autonómico [nota a pie omitida] a los grandes establecimientos comerciales (la denominada *segunda licencia*) se superpone inequívocamente a la licencia municipal necesaria en virtud de las competencias de las Entidades Locales en materia de ordenación del territorio. El carácter restrictivo de la regulación autonómica alcanza su culminación anticompetitiva con las denominadas *moratorias* que con el carácter de medidas transitorias han afectado y siguen afectando a diversas Comunidades Autónomas [nota a pie omitida], y con la creación de impuestos específicos que gravan la actividad de las Grandes Superficies [nota a pie omitida]. Dichas barreras a la entrada limitan la competencia geográfica, evitando el acceso al mercado de nuevos establecimientos e introducen inefficiencias económicas de manera que:
  - a) Dificultan que las mejoras en la distribución comercial sean plenamente aprovechadas por los consumidores.

<sup>256</sup>

Informe Caprabo/Enaco, p. 39.



- b) Al imponer la necesidad de licencias de apertura a superficies de un determinado tamaño, alteran ineficientemente la morfología de los establecimientos comerciales, discriminando entre formatos, provocando que las empresas estén adaptando sus estructuras más por razones legislativas que por la búsqueda de una mayor eficiencia y mejor servicio al consumidor.
- c) Consolidan los monopolios locales de las empresas ya implantadas.
- d) Al restringir la entrada de nuevos operadores, pueden originar transferencias de rentas de los consumidores, vía mayores precios, hacia los pequeños y medianos distribuidores y a favor de los grupos empresariales ya instalados, con establecimientos, en muchas ocasiones de gran superficie, libres de la competencia potencial.”<sup>257</sup>

#### **8.2.4.1.1 La Directiva de servicios y los criterios económicos**

La entrada en vigor de la Directiva de Servicios<sup>258</sup> y la modificación en curso de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (“LORCOMIN”), plantean un nuevo escenario en relación a las barreras legales. El artículo 9 establece que los Estados miembros podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización por razones de interés general, siempre que el régimen de autorización sea proporcionado y no discriminatorio. El considerando 56 de la Directiva de Servicios clarifica que “de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los objetivos de salud pública, protección de los consumidores, sanidad animal y protección del entorno urbano constituyen razones imperiosas de interés general que permiten justificar la aplicación de regímenes de autorización y otras restricciones”. Por otra parte, el artículo 14 enumera los requisitos que no puede contener un régimen de autorización y, entre ellos, el apartado (5) incluye la:

“aplicación, caso por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente; esta prohibición no afectará a los requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones imperiosas de interés general”

El considerando (66) de la Directiva de Servicios clarifica la última parte del artículo 14.5: “(...). La prohibición de pruebas económicas como condición previa para la concesión de una autorización debe aplicarse a las pruebas económicas como tales, pero no a los demás requisitos justificados objetivamente por razones imperiosas de interés general, como la protección del entorno urbano, la política social y la salud pública. Esta prohibición no debe afectar al ejercicio de las competencias de las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho de competencia.”

<sup>257</sup> Informe Eroski/Caprabo, pp. 48-50. Vid., asimismo, Luis Berenguer, “Una apuesta por el mercado”, Conferencia en el Club Siglo XXI, 13.11.2007.

<sup>258</sup> Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, DOCE L 376 de 27.12.2006.



En suma, si bien la Directiva de Servicios ha abolido la prueba económica del régimen de autorización aplicable al establecimiento o ampliación de cualquier establecimiento comercial, permite a la administración competente (nacional, autonómica o municipal) la aplicación de un régimen de autorización fundado en criterios proporcionados de naturaleza urbanística o medioambiental. Por lo tanto, cabría concluir que, a efectos prácticos, las Administraciones pueden perpetuar las barreras legales existentes a la implantación de establecimientos comerciales, siempre que las hagan descansar sobre criterios urbanísticos y medioambientales.

Esta conclusión parece ser avalada por las modificaciones legislativas de la Ley Vasca de Actividad Comercial<sup>259</sup>, aprobadas para adecuar esta ley a la Directiva de Servicios. En su Exposición de Motivos, el considerando 1º expone sin ambigüedades sus preferencias por un comercio urbano (necesariamente más pequeño) frente al comercio periférico (asociado a las grandes superficies):

“Este modelo urbano, característico de la mayoría de los países de la Unión Europea, es propio de nuestro estilo de vida y constituye un factor que nos identifica. El comercio de los centros históricos de nuestros pueblos, ciudades y barrios se contrapone a modelos de comercio periférico característicos de estructuras urbanas que nos son ajenas tanto desde el punto de vista cultural como de ocupación del territorio y que predisponen hacia un sobredimensionamiento de la red viaria y a la consiguiente utilización de automóviles privados, con las consecuencias que esto comporta. Es preciso, por tanto, mantener el modelo de ciudad compacta y socialmente cohesionada de que hoy disponemos, en la que el comercio mantenga la función que históricamente viene desarrollando. A la conveniencia de desarrollar y mantener el modelo propio de ciudad se une la exigencia de garantizar la sostenibilidad en el uso del suelo, evitando además los efectos nocivos que sobre el medio ambiente y la movilidad de la ciudadanía produce su consumo indiscriminado en implantaciones comerciales fuera del entorno urbano.”

Asimismo, el considerando 2º de la Ley Vasca de Actividad Comercial hace hincapié en las razones imperiosas de interés general que pueden justificar la ordenación del comercio por parte de la Administración sin tener que recurrir a la “prueba económica”:

“La mencionada Directiva [de servicios], entre otras cuestiones, restringe el procedimiento de prueba económica individual en la autorización administrativa para el desarrollo de actividades comerciales y apunta hacia una nueva óptica asociada a la aplicación de criterios de ordenación territorial, urbanísticos, medioambientales y de cohesión social que se vinculan al interés general. El concepto de «razón imperiosa de interés general» al que se refiere dicha directiva ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y abarca, entre otros, los siguientes ámbitos: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la sanidad animal, la preservación del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de los servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la

<sup>259</sup> Ley 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la Ley de la Actividad Comercial, BOPV 128, 7 de julio de 2008.



propiedad intelectual e industrial, los objetivos de la política social y cultural, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural. Asimismo, se tiene en cuenta, tal y como se recoge en su considerando n.<sup>o</sup> 9, que la mencionada directiva sólo es de aplicación para los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no es de aplicación para otros requisitos tales como normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada.”

En línea con estas consideraciones, el nuevo artículo 13 de la Ley Vasca de Actividad Comercial clasifica como gran establecimiento comercial a toda superficie de >700 metros cuadrados (apartado 2º) y lo somete a la regulación prevista en el Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales del Gobierno Vasco (apartado 4º), un instrumento de ordenación territorial que puede restringir la implantación y la localización de grandes superficies comerciales sin constituir formalmente una “prueba económica”. Asimismo, se establece que los Ayuntamientos deberán considerar el uso comercial al por menor como un uso específico a los efectos de su planeamiento urbanístico, “concretando, cuando así proceda, los suelos en los que dicho uso pueda ser llevado a cabo a través de la implantación de grandes establecimientos comerciales y, en su caso, su régimen de compatibilidad con otros usos, de acuerdo con las reglas contenidas en los apartados siguientes” (apartado 1º). La ley obliga al ayuntamiento correspondiente a solicitar al órgano competente en materia de comercio de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco la emisión de un informe sobre la adecuación de la actividad proyectada a los criterios establecidos en el Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales (apartado 5º). Asimismo, condiciona la calificación de suelo para la implantación de grandes establecimientos comerciales en núcleos urbanos o en ensanches urbanos, a la reconversión de áreas obsoletas o la ocupación de espacios vacíos intersticiales, debiendo ser conforme con el Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales y seguir además, preferentemente, los criterios de ordenación previstos en la ley (apartado 6). En el caso de que los ayuntamientos no deseen seguir dichos criterios, deberán justificar su decisión a través de un estudio de sostenibilidad, que se deberá poner a disposición de la Comisión de Ordenación del Territorio del País Vasco, junto con una memoria motivada que se habrá de incorporar al expediente de formulación, modificación o revisión del planeamiento y que se referirá a los siguientes extremos: (a) Análisis de la proporcionalidad y adecuación de la implantación del uso comercial respecto del entorno urbano; (b) Afección y suficiencia de las infraestructuras existentes, como alumbrado, carretera, agua y telecomunicaciones, entre otras, para dar servicio a la implantación prevista; (c) Estudios de movilidad, tanto de personas como de vehículos, y dotaciones existentes al servicio de dicha movilidad; y (d) Incidencia sobre la ordenación urbana y respeto medioambiental del ámbito territorial en el que se pretende su implantación (apartado 7º).

En suma, si bien la Directiva de Servicios tendrá como efecto la supresión de las barreras legales justificadas por criterios económicos y, en particular, la protección del



pequeño comercio, no afectará al planeamiento urbanístico autonómico y municipal, que puede constituir una barrera legal tan nociva como la anterior. Por ejemplo, la Ley Vasca de Actividad Comercial es susceptible de dificultar o incluso impedir la implantación de grandes superficies, (1) priorizando el comercio urbano sobre el comercio periférico (ámbito natural de las grandes superficies); y (2) condicionando la implantación de grandes superficies urbanas a la reconversión de áreas obsoletas o la ocupación de espacios vacíos intersticiales. Por otra parte, en su planeamiento urbanístico, los ayuntamientos deben considerar el uso comercial al por menor como un uso específico y fijar “los suelos en los que dicho uso pueda ser llevado a cabo a través de la implantación de grandes establecimientos comerciales y, en su caso, su régimen de compatibilidad con otros usos”, lo que equivale a crear un sistema de autorización legal para grandes superficies sometido a la discrecionalidad de los ayuntamientos.

No resulta descabellado pensar que otros legisladores autonómicos seguirán el modelo vasco y adoptarán estipulaciones favorables al comercio urbano y la discrecionalidad municipal, con la intención de dificultar el establecimiento de grandes superficies.

#### 8.2.4.1.1.2 La legislación del suelo

La Directiva de Servicios ha suprimido la barrera legal más obvia a la implantación de grandes superficies comerciales: las limitaciones cuantitativas justificadas por criterios económicos. Sin embargo, la legislación del suelo permite que los planeamientos urbanísticos autonómicos y locales puedan seguir limitando la implantación de grandes superficies comerciales por razones urbanísticas y medioambientales<sup>260</sup>. Para calibrar el efecto perverso de las políticas de suelo sobre la competencia en la distribución comercial, la vivienda y cualquier otro sector económico vinculado al suelo, conviene recordar el Estudio del TDC “Remedios Políticos que pueden favorecer la Libre Competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios” (“Estudio TDC 1993”). En este estudio el TDC constató que la competencia en el mercado del suelo está más restringida que en ningún otro sector de la economía y defendió la necesidad de liberalizarlo<sup>261</sup>. Esta falta de competencia en el mercado del suelo afecta especialmente al sector servicios, creando monopolios espaciales y tendencias inflacionistas<sup>262</sup>. En particular, el TDC denunció la parcelación del mercado del suelo en

<sup>260</sup> La vigente legislación sobre suelo (“Ley del Suelo”) ha sido adoptada mediante el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo. La Ley del Suelo deroga el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, adoptado mediante el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio.

<sup>261</sup> Estudio TDC 1993, p. 66: “La segunda conclusión relevante del Informe es la necesidad de liberalizar el mercado del suelo. En este mercado la competencia está más restringida que en ningún otro sector de la economía. Especialmente dañino es que la decisión sobre el uso del suelo no se deje en manos de los oferentes y demandantes. Se puede entender perfectamente que los poderes públicos regulen las alturas, las densidades, la necesidad de infraestructuras, el apartamiento de actividades molestas o insalubres, etc. pero lo que no tiene justificación es que el uso del suelo -cumpliendo todas las limitaciones que se consideren necesarias- no pueda ser decidido por el juego de la demanda y la oferta. Esto lleva a que los usos no puedan competir entre sí y, en definitiva, a que prácticamente no exista un mercado de suelo en España, sino que esté segmentado en numerosos submercados, lo que impide una correcta asignación de recursos.”

<sup>262</sup> Estudio TDC 1993, p. 66: “Todo requiere el uso del suelo, especialmente cualquier tarea del sector servicios. Para que el sector servicios se desarrolle sin inflación es fundamental la liberalización del mercado de trabajo y la liberalización del mercado del suelo. Para el nacimiento, el desarrollo y la



diferentes usos (por ejemplo, la distribución comercial minorista), de forma que no compiten entre ellos<sup>263</sup>, la regulación discrecional del mercado del suelo mediante planes urbanísticos<sup>264</sup>, que pueden ser utilizados para financiar a las Administraciones a cambio de monopolios locales<sup>265</sup>, en beneficio de los grupos de interés (grandes empresas implantadas)<sup>266</sup>. El TDC identificó el comercio minorista de bienes de consumo como el principal exponente de los efectos perversos de la legislación del suelo:

“El Tribunal empezó a darse cuenta de la importancia de introducir competencia en el mercado del suelo al estudiar la competencia en otros sectores como, por ejemplo, el de la distribución comercial. Después de la liberalización de 1985 se ha producido en España un desarrollo de las grandes superficies que ha sido muy positivo para el consumidor, pero sin embargo sus beneficios no se están obteniendo totalmente debido a que en España y, a diferencia de otros países, hay muy escasa competencia entre grandes superficies. La razón principal es que, a menudo, se produce una especie de trueque o de permuto entre las autoridades que califican los suelos para usos comerciales y las grandes empresas de distribución. Se concede la calificación si la gran superficie construye, por ejemplo, un polideportivo o un puente para el Ayuntamiento.

---

adaptación de las empresas de servicios a la demanda, es fundamental que las empresas tengan flexibilidad a la hora de contratar trabajadores y a la hora de localizarse allí donde hay demanda. Si los operadores no tienen estas facilidades en los momentos en que crece la demanda, las empresas de servicios existentes se convierten en monopólicas y de ahí que en los momentos de crecimiento de demanda la inflación de los precios del sector servicios llegue a crecer a ritmos realmente exorbitantes.”

<sup>263</sup> Estudio TDC 1993, p. 149: “Que el uso del suelo debe estar intervenido por los poderes públicos es algo que nadie niega y así sucede en todos los países. El problema en España es un problema de la forma de intervención. El problema en España es que, en vez de fijar unas reglas generales de defensa de los intereses públicos, la autoridad urbanística va decidiendo todo hasta el extremo de poder determinar con el máximo detalle el uso de cada espacio. Al impedir a los propietarios decidir el uso del espacio, se segmenta el mercado del suelo, de tal forma que los distintos usos no compiten por la utilización del suelo. Es como si en vez de haber un mercado hubiera ochenta o cien mercados diminutos. Esta falta de competencia entre usos alternativos, genera una mala asignación de recursos y da lugar a la aparición de rentas monopólicas. La compartimentación del mercado disminuye la oferta para cada uno de los usos y fuerza al alza los precios.”

<sup>264</sup> Estudio TDC 1993, p. 151: “En España se ha otorgado a la discreción de la autoridad urbanística la denominación de "planes" lo que sugiere una cierta idea de estabilidad, pero en la práctica los llamados "planes" son absolutamente cambiables.”

<sup>265</sup> Estudio TDC 1993, p. 154: “Es verdad que en el sistema actual algunos entes locales se comportan en algunos casos como auténticos especuladores, restringen la oferta del suelo hasta extremos increíbles y hacen subir el precio del suelo paralelamente, pero este es un comportamiento económicamente justificable dados los problemas de las Haciendas Locales en España. La falta de una financiación adecuada para hacer frente a unas presiones sociales que han exigido incrementos de gasto realmente importantes han llevado a que las autoridades locales hayan recurrido a la concesión de monopolios locales como una fuente fundamental de ingresos.”

<sup>266</sup> Estudio TDC 1993, p. 153: “(...) se necesitará bastante tiempo para ir dándose cuenta de los problemas que tiene nuestra legislación del suelo. No se trata en este caso sólo de una cuestión de grupos de interés. No son sólo los entes locales y las grandes empresas las que están interesadas en mantener el "status quo" actual sino que la mayoría de la población seguramente puede temer que un cambio normativo en este caso ponga en peligro los intereses generales. La idea de que el propietario no sirve para nada y cuanto más se le expropie y más se le aparte del sistema, los precios del suelo bajarán más y se ordenará mejor el urbanismo es una idea arraigada, pero ello se debe a que nadie ha suministrado una visión alternativa.” (subrayado del TVDC)



¿Qué hay detrás de estas permutas? Lo que hay detrás en realidad es una concesión monopólica. Por seguir con el mismo ejemplo, las grandes superficies no son instituciones sin fines de lucro que den algo a cambio de nada. La autoridad urbanística les da una garantía de monopolio con la cual pueden explotar a los consumidores del área y, como esas rentas que obtienen son mayores que lo que le cuesta el polideportivo o el puente, acceden a la operación. Pero la operación desde el punto de vista económico es dudosamente eficiente. Cualquier otro tipo de imposición sobre los ciudadanos es más razonable y eficiente que el impuesto monopólico. Los ciudadanos obtendrían muchas mas ventajas si las grandes superficies pudieran competir entre ellas. Los precios bajarían y, a través del sistema impositivo, los entes locales podrían obtener sus ingresos para hacer frente a las necesidades públicas.” (subrayado propio)<sup>267</sup>

El TDC recomendó, de manera modesta, la formación de una “Comisión” para proceder a la revisión de la normativa del suelo en España con arreglo a unos principios competitivos<sup>268</sup>. Las recomendaciones del TDC no prosperaron y la espiral inflacionista de los bienes inmobiliarios y los bienes de consumo diario parece haber confirmado los vaticinios del TDC. En estos años, la intervención de los municipios en la ordenación del suelo, generando así efectos anticompetitivos en la distribución minorista de bienes de consumo, ha sido un fenómeno recurrente. Por ejemplo, en el Informe Caprabo/Alcosto, el TDC señaló:

“El Tribunal ha observado que a nivel municipal se originan barreras a la entrada que se superponen a las autonómicas, dificultando aún más la contestabilidad del mercado. A modo de ejemplo, resulta especialmente significativo el régimen de licencias para apertura de los establecimientos comerciales que superen los 750 m<sup>2</sup> que recoge la normativa urbanística del Ayuntamiento de Madrid. La normativa del Plan General de Urbanismo de Madrid, en su capítulo 7.6 (Condiciones particulares del uso de servicios terciarios), sección segunda (Condiciones del comercio), artículo 7.6.7 (Grandes superficies comerciales), remite a un estudio temático posterior la resolución de la inserción en la ciudad de las grandes superficies comerciales. La propuesta se articulará a través de un “Plan Especial Terciario para Grandes Superficies Comerciales”. No obstante, con carácter transitorio, hasta tanto se apruebe el Plan Especial, se define como “Gran Superficie Comercial”, entre otras, aquel establecimiento minorista en que

<sup>267</sup> Estudio TDC 1993, pp. 148-149.

<sup>268</sup> Estudio TDC 1993, pp. 154-155:” a) En el suelo urbano, buscar fórmulas para acentuar el carácter reglado de su determinación, garantizando el derecho a construir de conformidad con reglas generales por parte de todos los operadores y sometiendo efectivamente a los propios poderes públicos a estas reglas, sin privilegios. Principio de igualdad de trato en alturas, volúmenes, densidades, etc. justificándose las diferencias con carácter global. b) En suelo urbanizable: Permitir a los particulares decidir sobre el uso del espacio siempre que cumplan con las reglas generales. Negativas justificadas y motivadas por parte de los poderes públicos. Utilización urbanística del suelo urbanizable de conformidad con la iniciativa de los particulares. c) En suelo no urbanizable: Precisar cuál ha de ser en todo el territorio nacional. En el resto del suelo, ha de permitirse la urbanización sometida a normas generales. Cambiar la actual óptica, definiendo las zonas del territorio nacional no urbanizables de acuerdo con un plan de prioridades públicas en función de valores medio-ambientales, paisajísticos y ecológicos. El resto del territorio debe ser, en principio, urbanizable. d) En Haciendas Locales: estudiar sistemas de financiación de los entes locales que les permitan financiarse sin necesidad de recurrir a concesiones monopólicas.”



la actividad comercial se desarrolle en un local independiente, destinado a comercio alimentario, que supere los 750 metros cuadrados de superficie de venta. En tanto no se redacte el Plan Especial, únicamente se podrán autorizar grandes superficies comerciales en áreas de Planeamiento Incorporado en las que el planeamiento asumido hubiera autorizado expresamente la existencia de aquellas, así como en las áreas de Suelo Urbanizable Incorporado en las que se hayan previsto. De igual modo, únicamente podrán autorizarse grandes superficies comerciales en aquellas áreas de Planeamiento de Desarrollo en que la definición de usos pormenorizados expresamente lo prevé. Por consiguiente, la apertura de nuevos supermercados de más de 750 metros cuadrados de superficie de venta queda prácticamente imposibilitada en determinadas áreas del casco urbano de la ciudad de Madrid, por las limitaciones establecidas en el Plan General de Urbanismo que acabamos de comentar.”<sup>269</sup>

Ejemplos de las barreras relacionadas con la ordenación urbanística, independientemente de las barreras autonómicas, abundan por toda la geografía nacional. Por ejemplo, el proyecto de apertura por parte de Eroski de un centro comercial en Ourense lleva “dos lustros” sin materializarse debido a las ilegalizaciones de los sucesivos planeamientos urbanísticos municipales, lo que ha llevado al Director de Expansión de la empresa a manifestar: “[sentencias como la presente] simbolizan el riesgo del urbanismo en España y es algo con lo que tenemos que contar todos lo que queremos hacer una obra de este calibre. La legislación es terriblemente complicada en este país”<sup>270</sup>. Igualmente, la apertura de dos hipermercados de Eroski en las Islas Canarias (Las Palmas y Tenerife) lleva paralizada durante “diez años” debido a problemas con los planeamientos urbanísticos locales y, recientemente, asociaciones de comerciantes locales han solicitado la caducidad de las dos licencias autonómicas<sup>271</sup>.

Los problemas urbanísticos que distorsionan el mercado de las grandes superficies también han sido objeto de estudio y denuncia en otros países como Australia<sup>272</sup>, Francia<sup>273</sup>, Reino Unido<sup>274</sup> y los Países Nórdicos<sup>275</sup>.

<sup>269</sup> Informe Caprabo/Alcosto, pp. 64-65.

<sup>270</sup> “Eroski prevé iniciar la urbanización de su centro multitiendas este verano”, Faro de Vigo, 27 de abril de 2008.

[http://www.farodevigo.es/secciones/noticia.jsp?pRef=2008042700\\_16\\_219926\\_Ourense-Eroski-preve-iniciar-urbanizacion-centro-multitiendas-este-verano](http://www.farodevigo.es/secciones/noticia.jsp?pRef=2008042700_16_219926_Ourense-Eroski-preve-iniciar-urbanizacion-centro-multitiendas-este-verano)

<sup>271</sup> Las licencias de Eroski se van a mantener y no se darán por caducadas, La Provincia, 2 de junio de 2008.

[http://www.laprovincia.es/secciones/noticia.jsp?pRef=2008060200\\_4\\_154886\\_Las-Palmas-GC-licencias-Eroski-mantener-daran-caducadas](http://www.laprovincia.es/secciones/noticia.jsp?pRef=2008060200_4_154886_Las-Palmas-GC-licencias-Eroski-mantener-daran-caducadas)

<sup>272</sup> Allan Fels, Stehen Beare & Stephanie Szakiel, “Choice Free Zone”, Frontier Economics, Australia, Mayo 2008, Executive Summary, p. 13: “Over time, countries that have allowed the retail sector to take advantage of economies of scope and scale have experienced some of the higher rates of productivity growth in the retail sector. Given observed differences in productivity growth in international studies, the potential gains to retail productivity growth from a more flexible planning system in Australia could reasonably be considered to be in the range of 1 to 1.5 per cent per annum. Over 50 years, in net present value terms, this additional productivity growth in retail services could equate to between \$52-\$78 billion of NSW Gross State Product, and \$197-\$296 billion in Australian Gross Domestic Product. As with productivity increases, job creation has follow on effects. Every additional retail sector job has been estimated to create an additional 1.42 jobs in the Australian economy. The full impact of a 10 per cent increase in retail floor space on employment could then be 147,000 jobs Australia wide, 47,000 jobs in



Asimismo, el Estudio OCDE 2008 ha analizado específicamente las barreras de entrada o expansión en el mercado derivadas de las restricciones legales en materia de uso de suelo<sup>276</sup>.

NSW and 16,500 jobs in metropolitan Sydney. Restrictions on the level of retail development also have employment impacts. Where there is limited floor space, there is also limited job availability. Allowing for increased labour productivity in larger format stores, it would be conservative to assume that 10 per cent increase in floor space resulted in only a 5 per cent increase in direct retail employment. The total employment in the retail sector is currently about 1.2 million persons. This increase would equate to 61,000 jobs Australia wide. In NSW, this would equate to over 19,500 jobs and in metropolitan Sydney 6,850 jobs. (...). Another way of identifying this cost is to consider how the planning system's artificial restriction on the format and layout of supermarkets and retail stores affects consumers directly. By mandating smaller, more compact sizes and restricting large format stores, the planning system removes economies of scope and scale that could be achieved with larger formats, resulting in increased prices experienced by consumers", [http://conceptnews.com.au/artman2/uploads/1/Choice\\_Free\\_Zone.pdf](http://conceptnews.com.au/artman2/uploads/1/Choice_Free_Zone.pdf); y Estudio ACCC 2008, Overview, XIX: "The ACCC recognises that zoning and planning policies are designed to preserve public amenity. However, zoning and planning regimes, including existing centres' policies, also act as an artificial barrier to new supermarkets being established with the likely unintended consequence of potentially impacting on competition between supermarkets. In particular, existing centres' policies, combined with the strong preference of existing centre owners to lease space to the major supermarket chains rather than independent supermarkets or new entrants, are likely to lead to a greater concentration of supermarket sites in the hands of Coles and Woolworths. Broadly speaking, little regard is had to competition issues in considering zoning or planning proposals. Further, the complexities of planning applications, and in particular the public consultation and objections processes, provide the opportunity for Coles and Woolworths to 'game' the planning system to delay or prevent potential competitors entering local areas. Submissions put to the inquiry support planning authorities taking competition issues into account when approving new developments. Given the high barriers to entry in grocery supermarket retailing, including the difficulty in obtaining suitable supermarket sites, the ACCC considers that new ways of incorporating competition analysis into planning decisions should be considered.

<sup>273</sup> Dictamen Conseil de la Concurrence 2007, párrafo 116: "Il ne semble pas que de simples aménagements du système actuel de régulation quantitative soient en mesure de remédier aux externalités induites par l'implantation d'équipements commerciaux tout en améliorant les conditions d'exercice de la concurrence dans le secteur de la distribution. Même si les distorsions de concurrence pourraient être partiellement réduites par un aménagement du processus d'autorisation, le maintien d'une procédure d'autorisation au cas par cas reviendrait à maintenir une barrière à l'entrée fortement dissuasive pour les nouveaux entrants."

<sup>274</sup> Estudio Competition Commission 2008, epígrafes 7.37-7.38, p. 129: "An inevitable consequence of a plan-led system that seeks to meet the broad range of objectives set out in paragraph 7.35 is that grocery retailers may not always be able to open a new larger grocery store in the location of their choice. That is, the planning system will, quite deliberately and appropriately for the purposes of meeting its objectives, act—to some extent—as a barrier to entry and/or expansion. The planning regime acts as a barrier to entry or expansion primarily for larger grocery stores. This is because, in general, it is easier to secure suitable sites for mid-sized grocery stores or convenience stores in those areas where planning consent is already in place or where planning requirements are significantly less onerous, in particular in town centres."

<sup>275</sup> Estudio Autoridades Nórdicas 2005, p. 19: "The composition of shops in the retail sector has changed towards more discount shops and hypermarkets. Access to buildings or building sites is essential for new retailers. Therefore, planning authorities should acknowledge the value of competition for consumers and only limit entry of new retailers where there are objective reasons for it. Application procedures should be transparent and applicants should be ensured possibility to appeal."

<sup>276</sup> Estudio OCDE 2008, Executive Summary by the Secretariat, p. 7: "The social harms that can arise when land use restrictions create "entry barriers" are rarely considered explicitly. More careful integration of policy on land use restrictions with competition policy could benefit consumers and many entrepreneurs and reduce the likelihood that public or private restrictions will lead to supply scarcity."



#### 8.2.4.1.2 Económicas

Las barreras económicas pueden ser de dos tipos. En primer lugar, las barreras relacionadas con los recursos financieros y las economías de escala necesarias para poder implantar y operar una red nacional de grandes establecimientos comerciales. En segundo lugar, las barreras relacionadas con la viabilidad económica de los establecimientos individuales.

##### 8.2.4.1.2.1 Economías de escala y alcance

En el Informe Carrefour/Promodès, el TDC constató que las grandes empresas de la distribución gozaban de una ventaja competitiva frente a los pequeños operadores:

“Una de las principales variables competitivas en las que se está fundamentando la competencia dentro de la distribución comercial minorista en los últimos tiempos es la reducción de los costes fijos y la reducción de los costes de aprovisionamiento. Puede hablarse de una reducción de los costes fijos como consecuencia de las economías de escala existentes en el formato de hipermercado frente a los correspondientes a otros formatos de menor tamaño.(...). El resultado de estos cambios en el comercio minorista está llevando a una mayor concentración de la distribución minorista. Esta mayor concentración puede estar ocasionando una forma de operar más eficiente que las tradicionales, pero a la vez estas búsquedas de eficiencia implican un tamaño de las empresas y una red de distribución que se convierte en una importante barrera de entrada al sector.”<sup>277</sup>

En el Informe Eroski/Caprabò, la CNC también manifestó que “en esta búsqueda de eficiencia, el tamaño de las empresas y la necesidad de adecuación de la red de establecimientos a la estructura de la distribución puede constituir una barrera de entrada al sector que desincentive el acceso al mercado a nuevos entrantes que no gocen del grado de implantación de los operadores actuales”<sup>278</sup>. La Competition Commission del Reino Unido también se ha referido a esta ventaja competitiva:

“Economies of Scale/Critical Mass: 235. To be a viable and effective operator, the Commission noted that a supermarket chain must achieve a minimum economic size to justify the capital expenditure and other infrastructure costs. Size is also necessary to achieve “buying clout” with suppliers. This meant that effective entry is only likely to be viable on a large scale. Given the maturity of the market, difficulty in gaining sites, and satisfying planning laws, *de novo* entry of a new chain was not considered likely.”

---

Competition agencies can play a critical advocacy role in this domain that would not typically be fulfilled by any other part of national government.

Land use regulation creates the most severe competition problems when:

- The regulations prevent new firms from entering markets where there is market power;
- The regulations prevent low-cost firms from entering in markets where existing firms are high-cost;
- The regulations reduce total supply of a good; or
- The regulations unduly delay the arrival of a good or service that consumers would value (such as ones resulting from innovation or differentiation)."

<sup>277</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 60.

<sup>278</sup> Informe Eroski/Caprabò, p. 54.



Efectivamente, en el mercado español de la distribución de bienes de consumo diario parecen haber emergido dos categorías de competidores. Los operadores de ámbito nacional (Carrefour, Mercadona, Eroski, Auchan y El Corte Inglés) y los operadores de ámbito regional o incluso local. Los primeros forman parte de grandes grupos empresariales con intereses diversos y con grandes recursos financieros. Asimismo, gozan de las ventajas inherentes a su tamaño en la gestión de sus establecimientos (especialmente hipermercados y supermercados de >1.000 metros cuadrados) y en las relaciones comerciales con los proveedores. Por otra parte, están los operadores regionales, cuya fortaleza regional no parece suficiente para igualar las ventajas competitivas de las grandes cadenas nacionales y, consecuentemente, están siendo progresivamente adquiridos por aquéllas<sup>279</sup>. Estos operadores se han beneficiado de las barreras legales a la implantación de grandes superficies comerciales pero no disponen de los recursos financieros, ni de las economías de costes y alcance para competir en el ámbito nacional<sup>280</sup>.

#### 8.2.4.1.2.2 Saturación del mercado

La localización de un establecimiento comercial es un factor competitivo de importancia decisiva. En un mercado en el que los bienes de consumo diario son homogéneos y los servicios complementarios ofrecidos en las grandes superficies son análogos, los establecimientos ejercen un monopolio espacial sobre el ámbito geográfico más próximo, monopolio que va diluyéndose a medida que su radio de atracción se solapa con el de otros establecimientos competidores. En esta dinámica competitiva, las empresas pugnan por “monopolizar” los mejores emplazamientos y una vez implantadas, gozan de una ventaja competitiva sobre sus rivales, reduciendo de esta forma la viabilidad económica de su inversión y actuando como barreras de entrada.

En el Informe Carrefour/Promodès, el TDC afirmó lo siguiente:

“En el caso de la distribución minorista la localización de los establecimientos es una variable estratégica a la hora de la toma de decisión sobre la apertura de un nuevo establecimiento. Los nuevos entrantes, en general, se encontrarán con que las localizaciones de mayor atractivo ya están ocupadas, quedando libres emplazamientos de menor interés comercial. Este hecho es el que explica, al menos en parte, el que las principales cadenas de distribución, presentes en el formato de hipermercado, hayan optado, a la hora de entrar a competir en el formato supermercado y autoservicio, masivamente por la compra de establecimientos de tipo supermercado en lugar de abrir sus propios establecimientos. Hay que señalar también que estas adquisiciones se están

<sup>279</sup> Por ejemplo, recientemente, el líder regional en Aragón, Galerías Primero, ha sido adquirida por Auchan, *vid.*, Informe de la CNC de 5 de diciembre de 2008, Exp. C-113/08 *Supermercados Sabeco/Galerias Primero*.

<sup>280</sup> *Vid.* Informe Eroski/Caprabio, p. 53: “Adicionalmente, a un nivel geográfico más amplio, cuando los operadores minoristas trazan su estrategia de expansión y eligen los emplazamientos en los que van a ubicar sus nuevos establecimientos, tienen en cuenta la estructura logística y de aprovisionamiento del operador, de manera que se ahorren costes. La ausencia de una red logística dificulta la penetración de los operadores en ámbitos geográficos en los que no se encuentran implantados. Ello explica, en parte, el carácter relativamente “regionalizado” de la estructura de distribución minorista en España, con la presencia de operadores significativos centrados en determinadas zonas.”



realizando a un elevado coste, lo que les confiere, aun más, el carácter de barrera de entrada”<sup>281</sup>.

Asimismo, las rentabilidades progresivamente menores de los nuevos entrantes desembocarán en algún momento en una saturación total del mercado (asumiendo una demanda constante):

“Según la información de la que dispone el Tribunal la implantación de un nuevo hipermercado se estudia comenzando por el análisis del número de habitantes que abarcará la zona de influencia. Esto es, tradicionalmente se ha utilizado en el sector la cifra de 80.000 habitantes como cifra de referencia para acometer una inversión en un establecimiento de las características de un hipermercado. Esta cifra, meramente orientativa, ha sido rebajada a 60.000 habitantes por otros agentes del sector, y se ha de tomar como un indicador único que otorga información sobre el mercado. Cuando en un mercado geográfico concreto existe un número de hipermercados tal que según estas cifras no será viablemente económica la instalación de un nuevo hipermercado se habla de que el mercado está saturado y difícilmente ningún competidor encontrará atractivo acometer una inversión en nuevos hipermercados. Estamos así ante un mercado cerrado desde el punto de vista de inversiones racionales.”<sup>282</sup>

El TDC y la CNC han recordado la importancia de la localización y de la saturación del mercado como barreras de entrada en otros asuntos<sup>283</sup>.

#### 8.2.4.1.3 Estratégicas

Si bien la saturación de un mercado puede ser una consecuencia natural y eficiente del juego de la oferta y la demanda, también puede deberse a una estrategia deliberada de las empresas establecidas con el fin de garantizarse rentas monopolistas u oligopolistas<sup>284</sup>.

En un mercado competitivo, una empresa no tiene ningún incentivo económico para sobredimensionar su presencia en él (exceso de capacidad o de establecimientos en un mismo mercado). Este dimensionamiento natural del mercado parece darse en el segmento de pequeños y medianos supermercados de proximidad. Las empresas no

<sup>281</sup> Informe Carrefour/Promodés, p. 59.

<sup>282</sup> Informe Carrefour/Promodés, p. 61.

<sup>283</sup> Informe Caprabo/Enaco, p. 10: “Por otra parte, como ya se ha mencionado en este informe, el comercio al por menor no sólo compite en precios sino en situación próxima al consumidor. Una vez copadas las mejores ubicaciones, la entrada resulta muy difícil. La normativa intervencionista permite consolidar situaciones de monopolio espacial en algunas áreas de mercado”; Informe Pío Coronado/Cemetro, p. 43; e Informe Eroski/Caprabo, p. 53: “Como ya ha manifestado el Tribunal (hoy Comisión), los nuevos entrantes, en general, se encontrarán con que las localizaciones de mayor atractivo ya están ocupadas, quedando libres emplazamientos de menor interés comercial, con el incentivo, particularmente en los segmentos de supermercado y autoservicio, a optar por una estrategia de compra de establecimientos en lugar de nuevas aperturas, particularmente en ubicaciones donde la estructura demográfica y urbanística se encuentra consolidada.”

<sup>284</sup> El Informe Carrefour/Promodès analizó las barreras estratégicas como una categoría separada de barreras de entrada mientras que el Informe Eroski/Caprabo las incluye en la categoría de barreras económicas. Este Estudio las considera separadamente en línea con el Informe Carrefour/Promodès.



abren más tiendas de las necesarias o cierran las que generan solapamientos o canibalización de rentas. Por ejemplo, en la concentración Dia/El Árbol, Dia notificó la adquisición de 36 establecimientos de El Árbol y comunicó su intención de cerrar 16 establecimientos propios en los mercados en los que existía una excesiva proximidad con alguno de los establecimientos adquiridos o la reducida dimensión del mercado no justificaba la existencia de dos establecimientos propios<sup>285</sup>. Según el TDC, Dia había adquirido 22.946 metros cuadrados<sup>286</sup>, lo que equivalía a una media de 637 metros cuadrados por establecimiento y el TDC consideró que había expugnabilidad suficiente en el mercado porque ninguno de los establecimientos adquiridos era una gran superficie de acuerdo a la normativa autonómica<sup>287</sup> y Dia había notificado su intención de cerrar los establecimientos que podían generar una saturación de mercado<sup>288</sup>.

Sin embargo, en el mercado de grandes superficies, caracterizado por la escasez de suelo, las empresas pueden adoptar estrategias unilaterales encaminadas a la acumulación de terrenos o proliferación de establecimientos con el propósito de erigir barreras de entrada y asegurarse precios supracompetitivos. La saturación espacial como una forma de barrera estratégica<sup>289</sup>, en particular en el comercio minorista, ha sido profusamente analizada por la economía industrial<sup>290</sup>.

---

<sup>285</sup> Informe del TDC de 28 de mayo de 2003, Exp. C-79/03 *Dia/El Árbol* (“Informe Dia/El Árbol”), p. 5: “La operación consiste en la adquisición por DIA de los activos afectos a 36 tiendas de EL ÁRBOL, así como la subrogación de DIA en las licencias administrativas y en los contratos de arrendamiento de los locales en que se encuentran las tiendas adquiridas. De estos 36 establecimientos DIA tiene intención de explotar directamente 25, explotando los 11 restantes en régimen de franquicia. Asimismo, tiene previsto el cierre de 16 de los 36 establecimientos adquiridos [sic] en aquellas localidades donde coinciden ambas enseñas al no resultar compatible para el adquirente por excesiva proximidad o por hallarse en municipios de escasa población, cuyo potencial máximo para DIA es de una sola tienda.” Debe clarificarse que la referencia a la desinversión de 16 establecimientos adquiridos es errónea. El TDC señala en otros apartados de su Informe que Dia planeaba cerrar 16 establecimientos suyos, *vid.*, Informe Dia/El Árbol, pp. 4, 24 y 25.

<sup>286</sup> Informe Dia/El Árbol, p. 8.

<sup>287</sup> 2.000 metros cuadrados o más, en localidades con una población superior a 50.000 habitantes; 1.500 metros cuadrados o más, en localidades con una población comprendida entre 10.000 y 50.000 habitantes; 750 metros cuadrados o más, en localidades con una población inferior a 10.000 habitantes.

<sup>288</sup> Informe Dia/El Árbol, p. 24: “No obstante lo anterior, debe enfatizarse el hecho de que en aquellos mercados donde la adición de cuota es mayor, los establecimientos adquiridos no superan en ningún caso las exigencias recogidas en la normativa actual para considerarlos como gran superficie, de forma que puede afirmarse que en dichos mercados existe una expugnabilidad suficiente que permite que el libre juego de la oferta y de la demanda no resulte vulnerado como consecuencia de la presente operación de concentración. Por otra parte, es preciso subrayar el hecho de que el notificador se ha comprometido a cerrar 16 establecimientos DIA ya existentes al no resultar compatibles con los adquiridos por excesiva proximidad o por hallarse en municipios cuya escasa población no permiten mantener más de una tienda DIA.”

<sup>289</sup> La teoría de las barreras estratégicas fue objeto de análisis por primera vez por Joe Bain, *Barriers to New Competition*, Harvard University Press: Cambridge MA (1956), uno de los padres de la moderna economía industrial. En relación a la competencia espacial, conviene remitirse al trabajo pionero de Harold Hotelling, “Stability and Competition”, Economic Journal 39(1), 1929, pp. 41- 57.

<sup>290</sup> Brito, “Preemptive Mergers Under Spatial Competition”, International Journal of Industrial Organization 21(10), 2003, pp. 1601-1622; Eaton y Lipsey, “The Theory of Market Preemption: The Persistence of Excess Capacity and Monopoly in Growing Spatial Markets”, Economica 46, 1979, pp. 149-158; Lane, “Product Differentiation in a market with endogenous sequential entry”, Bell Journal of Economics 11, 1980, pp. 237-260.



En el Informe Carrefour/Promodès, el TDC constató la existencia de una estrategia de instalación de establecimientos en ciertas zonas, con carácter defensivo:

“En ocasiones la instalación de un gran establecimiento comercial por parte de sus promotores tiene como objeto no el captar nuevos clientes, sino evitar perder los que ya tienen. Para ello acometen la instalación de nuevos centros en zonas donde ya están presentes, optando a las mejores localizaciones que desincentiven la entrada de un competidor, ya que el competidor deberá no sólo conformarse con una peor ubicación sino, además, a la presencia importante de la enseña en la zona. Este es el criterio que explicaría por qué existen 3 hipermercados PRYCA en la zona de Cádiz, 2 CONTINENTE en la zona de Algeciras, 3 CONTINENTE en Sevilla capital, 3 PRYCA en la zona norte de Madrid, 2 PRYCA en Valladolid, 2 PRYCA en L’Hospitalet-El Prat, etc”<sup>291</sup>.

El Estudio Cruz Roche 1999 ya había reflejado la posibilidad de que las empresas líderes utilicen la saturación de establecimientos con fines estratégicos (cierre de mercado):

“En la medida en que el crecimiento interno se utilice para la creación de barreras de entrada, mediante la anticipación de demanda futura y la “acotación” (pre-emption) del mercado, se producirá un sobredimensionamiento de la oferta minorista y, consecuentemente, se incrementará el coste total de la actividad, con efectos negativos sobre la eficiencia del sistema de distribución [nota a pie: Eaton, B. y Lipsey, R. (1979), “The theory of Market preemption: The persistence of excess capacity and monopoly in growing spatial markets”, *Economica*, vol. 46, pp. 149-158]”<sup>292</sup>.

Si bien la estrategia económica de saturación del mercado mediante incremento de capacidad o producción puede desarrollarse en cualquier sector económico, debe tenerse en cuenta que en la distribución comercial el suelo es un input escaso y, a menudo, legalmente limitado, por lo que es en este sector en el que una estrategia de saturación de mercado tiene visos de prosperar. En particular, si existen límites legales a la utilización del suelo para fines comerciales, el mercado de la distribución funciona de manera análoga a cualquier otro mercado sujeto a concesión administrativa (telefonía móvil, línea regular de transporte de viajeros, etc.) sin estar sujeto a ninguna regulación que evite la monopolización de “concesiones” y el abuso sobre los consumidores consiguiente, tal como puso de manifiesto el Estudio TDC 1993. El Estudio Conseil de la Concurrence 2007 también constató que el planeamiento urbanístico y las limitaciones legales a la utilización del suelo para la distribución comercial generan estrategias empresariales encaminadas a monopolizar el suelo disponible para fines comerciales<sup>293</sup>.

<sup>291</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 61.

<sup>292</sup> Estudio Cruz Roche 1999, p. 52.

<sup>293</sup> Dictamen Conseil de la Concurrence 2007, párrafo 83, p. 21: “Il convient toutefois de souligner que l’identification préalable des zones éligibles à l’implantation d’équipements commerciaux dans les plans d’urbanisme pourrait entraîner des comportements de préemption du foncier commercial de la part des opérateurs dans le but d’empêcher l’entrée de concurrents. Le degré de précision des plans



El Estudio OCDE 2008 también ha abordado las conductas empresariales encaminadas a restringir la utilización de suelo para fines competitivos<sup>294</sup>.

El TVDC se enfrentó a un caso de saturación de mercado en su Informe Eroski-Balmaseda<sup>295</sup>. En el año 2006, Eroski solicitó licencia comercial autonómica para abrir en marzo de 2010 (plazo inusualmente largo) un centro comercial de 2.000 metros cuadrados (1.500 de superficie de ventas) en Balmaseda (7.168 habitantes), localidad de las Encartaciones, Comarca de aproximadamente 31.000 habitantes, que constituye un mercado geográfico relevante por su relativo aislamiento de otros núcleos urbanos relevantes. Eroski ya contaba con un hipermercado de 2.500 metros cuadrados en la localidad vecina de Zalla (8.150 habitantes), distante aproximadamente 10 minutos en coche del nuevo hipermercado de Balmaseda; así como un supermercado de 800 metros cuadrados en la misma localidad de Balmaseda. Ambos hipermercados eran los establecimientos más grandes de las Encartaciones. Tal como preveía el propio Estudio de mercado adjuntado por Eroski con su solicitud de segunda licencia, la autorización hubiera supuesto el agotamiento de la superficie comercial legalmente disponible para la implantación de establecimientos de más de 1.000 metros cuadrados. Es decir, la concesión de la segunda licencia a Eroski confería indirectamente a la empresa un monopolio en el mercado de grandes superficies comerciales. El Informe Eroski-Balmaseda del TVDC sugirió aumentar los metros legalmente disponibles para grandes superficies o posponer la autorización durante un tiempo razonable a fin de permitir a un competidor interesado solicitar una autorización para la implantación de una gran superficie comercial en dicho mercado geográfico. El Departamento de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco, autoridad competente para conceder la segunda licencia comercial, siguió la recomendación del TVDC y optó por suspender la concesión de la licencia a Eroski durante un año, pero ningún competidor solicitó una licencia bien por falta de atractivo comercial o bien por imposibilidad de obtener las autorizaciones municipales y el suelo necesario para implantarse. Aun habiendo

---

d'urbanisme est par conséquent un point délicat: trop de précision risquerait de créer des barrières à l'entrée, mais un zonage trop imprécis ne permettrait pas d'atteindre l'objectif assigné d'aménagement du territoire".

<sup>294</sup> Estudio OCDE 2008, Executive Summary, "Private land use restrictions", p. 11: "Restrictions on entry do not arise solely from government restrictions. Private restrictions on entry may have anti-competitive effects. Private acts that restrict competition can include either covenants or purchases that make no economic sense except to prevent competition. Covenants are widespread and have diverse, often beneficial effects. But covenants that restrict uses of a site often merit review. These covenants are in fact quite common. Examples include: • When selling land, a grocery retailer inserts a covenant that future uses cannot include grocery retailing (...). In general, covenants might not have any real impact when there are many equally attractive alternative retail locations to which the same set of consumers would be indifferent. (...). In contrast, covenants can reduce competitive constraints when they prevent or deter entry that would have improved competitive conditions for consumers. (...). Covenants are not the only form of private restriction. Perhaps the most blatant form of private exclusion occurs when a firm buys blocking property to prevent initial assemblage of a site by a competitor or prevent expansion of a competing facility. For example, a hospital may purchase property surrounding another competing hospital, to make it more difficult for the competing hospital to expand. In most jurisdictions, it is an open question whether competition laws apply to such circumstances. Under a "no economic sense test", such actions raise serious competition questions and, given an appropriate pattern of facts, merit investigation by public authorities or action by courts."

<sup>295</sup> Informe del TVDC de 15 de noviembre de 2006, GS 19/06 *Eroski/Balmaseda*.



desaparecido las limitaciones cuantitativas al establecimiento de grandes superficies comerciales, si un competidor desease entrar en el futuro en este mercado, debería enfrentarse a dos hipermercados Eroski posicionados estratégicamente en las dos principales localidades de un enclave geográfico de apenas 31.000 habitantes<sup>296</sup>.

En suma, en ausencia de la segunda licencia comercial y límites cuantitativos a la implantación de grandes establecimientos comerciales, seguirán existiendo barreras legales (planeamientos urbanísticos autonómicos y municipales), económicas y estratégicas. Por ello, las autoridades de competencia deberán prevenir y evitar la saturación de algunos mercados locales.

#### 8.2.4.2 Inelasticidad de la demanda

Los consumidores tienen una capacidad de reacción limitada frente a la distribución comercial y, en particular, frente a la gran distribución. El consumo de alimentos y, en general, bienes de gran consumo, es una necesidad básica que debe satisfacerse regularmente. Asimismo, en la sociedad moderna el tiempo es un bien limitado y el consumidor tiene necesidad de realizar su compra de la cesta de productos de gran consumo en un acto único y espaciado en el tiempo, posibilidad que sólo la distribución minorista en grandes superficies está en disposición de ofrecer.

En conclusión, si bien la elasticidad cruzada entre algunas marcas de un producto de alimentación e, incluso, entre alimentos análogos puede ser significativa, la demanda agregada de alimentos es relativamente inelástica<sup>297</sup>. Los datos estadísticos de los últimos meses, caracterizados por un escenario de crisis económica, demuestran que la demanda no ha disminuido tanto como en otros sectores y, en todo caso, ha sido compensada con aumentos de precios. Por ejemplo, el Índice de Comercio al por Menor (ICM) publicado en noviembre de 2008 refleja que el consumo de alimentos y las bebidas alcohólicas siguen creciendo en términos constantes (eliminando el efecto precios) mientras que desciende abruptamente el del resto de bienes<sup>298</sup>:

<sup>296</sup> El TDC en el Informe Carrefour/Promodès, p. 61, estimaba el umbral de rentabilidad de un hipermercado en los 80.000 habitantes, que algunas fuentes del sector rebajaban a 60.000 habitantes.

<sup>297</sup> Decisión Progressive/Woolworths: “173. If the market demand for a product is price inelastic (that is, demand is not very responsive to changes in price) there is greater scope for profiteering through collusion. Inelastic goods are those that the consumer considers as necessary, and will continue to buy, even at prices well above the competitive level. 174. Foodstuffs (Auckland) has advised that [confidencial] Foodstuffs (Auckland) believed this is because groceries are a “relatively inelastic good”. This is consistent with demand for good being price inelastic. 175. So, while the demand on a product by product basis is likely to vary considerably due to varying levels of “necessity” across products, and of cross-elasticity between products, the Commission is of the view that the demand for the retailing of grocery items, taken together, is very likely to be inelastic.”

<sup>298</sup> Instituto Nacional de Estadística, “Índices de comercio al por menor, datos provisionales”, nota de prensa, 28.11.2008.



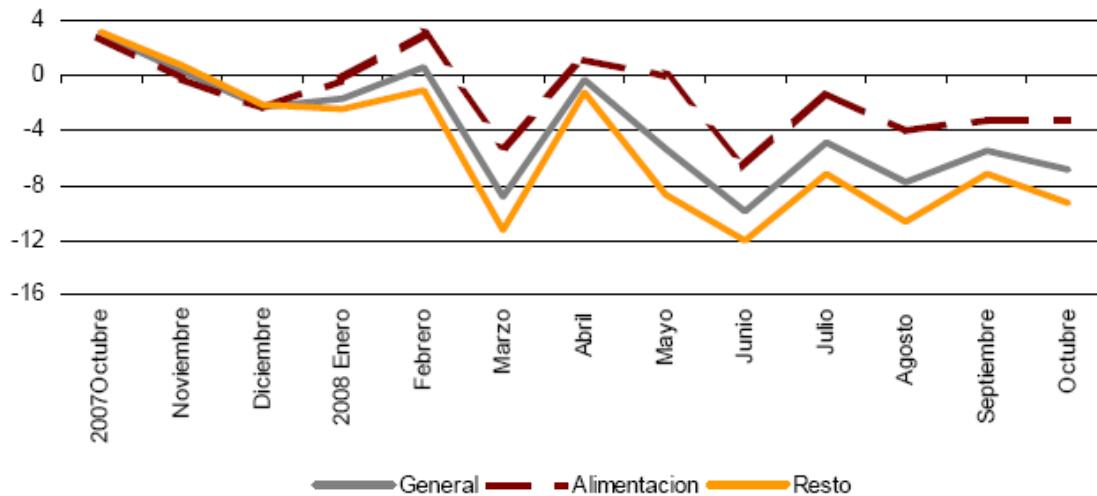
## Índices nacionales: general y de grupos

	Índice	% variación sobre año anterior		Índice deflactado	% variación sobre año anterior	
		Mismo mes	Media de lo que va de año		Mismo mes	Media de lo que va de año
<b>Índice general</b>	<b>108,3</b>	<b>-3,9</b>	<b>-0,5</b>	<b>97,7</b>	<b>-6,9</b>	<b>-5,1</b>
1. Alimentación	114,1	0,7	4,1	99,3	-3,1	-2,0
2. Resto	104,7	-6,9	-3,4	96,6	-9,3	-7,1
2.1 Equipo personal	112,8	-7,0	-2,1	104,4	-7,6	-2,6
2.2 Equipo del hogar	95,5	-12,5	-9,5	87,8	-14,8	-11,8
2.3 Otros bienes	105,5	-3,0	-0,2	97,3	-5,6	-4,0
<b>Índice general:</b> <b>Corregido efecto calendario</b>	<b>107,8</b>	<b>-5,0</b>	<b>-0,9</b>	<b>97,2</b>	<b>-8,0</b>	<b>-5,5</b>

Fuente: INE

En el siguiente gráfico se observa la distinta evolución del consumo de alimentos en relación al resto de bienes de consumo:

### Tasas anuales (precios constantes)



Fuente: INE

### 8.3 Posición dominante individual en mercados locales

En algunos mercados locales, las barreras de entrada (legales, económicas y estratégicas) pueden desembocar en situaciones de dominio individual asimiladas a verdaderos monopolios legales, que trascienden la colusión tácita oligopolista. Efectivamente, el suelo en el que se localiza un establecimiento es un insumo necesario de la actividad comercial. En el caso de grandes establecimientos comerciales, la disponibilidad de una gran cantidad de suelo comercial en una localización óptima es el principal factor de competencia. Sin embargo, la escasez de suelo viene agravada por las limitaciones legales a su uso. La Ley del Suelo atribuye a los ayuntamientos la competencia sobre los diversos usos y, en particular, el uso comercial del suelo. Por ello, las empresas de la distribución instaladas en un mercado local pueden saturar el mercado mediante la adquisición de derechos sobre el suelo o la imposición de restricciones a terceros, así como mediante el establecimiento de superficies comerciales que reduzcan las localizaciones disponibles y su rentabilidad esperada por debajo del umbral de rentabilidad de un nuevo entrante. Esta saturación económica o



estratégica puede desembocar indirectamente en un monopolio legal en virtud de las restricciones de uso aplicadas por los Ayuntamientos, resultando de esta forma en una prohibición legal de entrada en el mercado.

La existencia de posiciones dominantes individuales en mercados locales de grandes superficies puede requerir una intervención más activa de las autoridades de competencia en caso de abuso, por ejemplo, mediante la imposición de desinversiones de derechos sobre terrenos e incluso establecimientos, a fin de permitir la entrada de nuevos competidores en el mercado<sup>299</sup>.

#### 8.4 Efectos anticompetitivos: precios supracompetitivos

Los tribunales europeos han reconocido que la existencia de una posición dominante colectiva puede deducirse de la existencia de unas condiciones facilitadoras (análisis teórico) y, en su caso, del examen de la competencia en el mercado (análisis empírico o práctico).

En el plano teórico, el mercado español de la distribución minorista de bienes de consumo diario reúne todas las condiciones necesarias para facilitar la aparición de un oligopolio de precios: concentración del mercado de grandes superficies en el ámbito nacional, regional y local; identidad de los productos y homogeneidad de los servicios ofrecidos; transparencia de los precios y descuentos comerciales; facilidad para adecuar los precios a los de la competencia; enormes barreras de entrada; e inelasticidad de la demanda agregada. Asimismo, el análisis empírico del mercado español de la distribución minorista llevado a cabo por diferentes instituciones confirma y refuerza los resultados del análisis teórico.

La Comisión Europea consideró en su Informe al Consejo sobre el desarrollo de la Agenda de Lisboa que el mercado de la distribución minorista presenta un déficit de competencia<sup>300</sup>.

El estudio del Grupo de Trabajo de los Bancos Centrales Europeos, concluyó que las barreras legales habían incrementado los márgenes de la distribución minorista y los precios pagados por los consumidores:

“Apart from the impact on employment, the experience of France, Spain and Italy shows that the change in regulation introduced in order to protect small traditional shops from the competition of large stores has increased incumbents’ market power and price margins, pushing retail prices upwards”.<sup>301</sup>

<sup>299</sup> *Vid., infra* Sección 10.1.2.6.

<sup>300</sup> Report from the Commission to the spring European Council, Delivering Lisbon Reforms for the Enlarged Union, p. 66: “Spain – Shortcomings: Effective competition in retail distribution still insufficient”.

<sup>301</sup> Task Force of the Monetary Policy Committee of the European System of Central Banks, “Competition, Productivity and Prices in the Euro Area Services Sector”, Banco Central Europeo, Occasional Paper Series 44, abril 2006 (“Estudio Banco Central Europeo 2006”).



El Estudio SDC 2004, constató que las barreras legales habían restringido la competencia en muchos mercados locales, facilitando incrementos de precios en el formato de grandes superficies<sup>302</sup>.

El análisis empírico de la distribución minorista española revela un elevado paralelismo de precios no relacionados con los costes empresariales sino con los precios aplicados por otros competidores<sup>303</sup>. El liderazgo nacional, autonómico y local en prácticamente todo el Estado del oligopolio formado por Carrefour, Mercadona y Eroski, les permite marcar los precios de referencia a los que se adaptan los competidores externos, con variaciones al alza o a la baja para tener en cuenta otras consideraciones de servicio/calidad (por ejemplo, El Corte Inglés aplica un *mark up* a sus precios en relación a los precios aplicados por el oligopolio)<sup>304</sup>. La mutua dependencia de la

<sup>302</sup> Estudio SDC 2004, p. 27: “Al margen de las barreras legales a la competencia potencial, no cabe ignorar las barreras derivadas de la propia localización de los comercios. .... Esta situación se ve agravada en algunas Comunidades Autónomas por la propia legislación sobre la Segunda Licencia, donde los mercados se encuentran de hecho cerrados para determinados formatos debido a moratorias por haber alcanzado cuotas de saturación, o por los límites existentes a la expansión de determinados formatos. Esto está restringiendo la competencia entre formatos y puede estar condicionando la política de precios de algunos de ellos. Así, se observa un cierto cambio en la política de precios de la gran superficie que ha pasado a ser menos competitiva en precios”

<sup>303</sup> *Vid.*, las conclusiones análogas del Estudio Competition Commission 2000, “The main parties pricing behaviour”, pp. 57-60: “2.232. Although the parties all stressed that the pricing of their competitors was the key determinant of their own pricing, other influences were acknowledged by some companies” (p. 57); “2.234. All the main parties undertake regular monitoring of their competitors’ pricing, and this is the principal means they employ both to ensure that they are competitive on individual product lines, and to maintain their overall price position relative to other retailers. When monitoring the prices of other companies, the parties often assemble different representative ‘baskets’ of goods. These usually include a basket comprising high-selling or high-profile product lines. Larger baskets, containing both KVs and some other products, will also sometimes be compared. Less frequent checks are typically also carried out on a wider range of slower-selling, ‘background’ products. 2.235. It seems clear that for most of the parties there is a core group of products that are particularly important for comparative purposes and on which they tend to concentrate their price monitoring activity. As well as core lines or KVs, budget own-label products are also intensively monitored by all the parties that stock them. Although representing a small proportion of the total number of products stocked, these categories of product account for a very much higher proportion of the parties’ total revenue. Some parties also identify a group of products on which they will not allow themselves to be undercut. 2.236. Some price monitoring exercises are used to ensure that an overall price target is achieved that maintains a company’s price position relative to other grocery retailers. In such cases, individual product lines might be allowed to deviate from the relative price rule so long as the target is achieved at category level, or for the overall basket. Many of the parties told us that their buyers were expected to know competitor prices for all the product lines under their control” (p.58).

<sup>304</sup> *Vid.*, las conclusiones análogas de la Decisión Progressive/Woolworths, párrafos 161-162, en línea con el Estudio de la Consultora Charles Rivers Associates (CRA) presentado por la empresa de la distribución Foodstuffs: “161. It would appear to the Commission that there are two components to the product at issue. When looking strictly at the goods being retailed it would appear there is a high degree of homogeneity. This is especially true for those goods that are regularly specialised, such as Coca Cola and baked beans. However, on top of this is the price/service positioning of the supermarket banner. Currently, the market is spread along a price/service continuum, with a price differential of around 5-10%. The market can therefore be considered to have some differentiation. “162. CRA does not believe this would inhibit coordination. This is because there is centralised control of pricing, which controls the relative prices between stores in different segments. Commission staff have observed that an enormous amount of resources are put into monitoring prices of rival supermarkets, and to maintaining price relativities. Firms’ pricing strategies all appear to be on the basis of a rival banner plus (or minus) a



distribución en la fijación de sus precios, sumado a las condiciones de mercado que hacen posibles comportamientos colusivos (detección de conductas competitivas, capacidad de represalias competitivas y ausencia de contrapesos externos) explican el paralelismo de precios en niveles supracompetitivos, lo que permite a la gran distribución obtener unos márgenes por encima de los que obtendrían en un mercado competitivo.

#### 8.4.1 Paralelismo de precios

Diferentes investigaciones empíricas confirman la existencia de un enorme paralelismo de precios entre las principales empresas de la gran distribución en mercados locales y, de forma agregada, en el ámbito nacional.

En particular, la Organización de Consumidores y Usuarios (“OCU”) publica anualmente un Estudio de Precios de las enseñas (generalmente, identificadas con diferentes formatos comerciales) de las empresas de la distribución minorista. Esta encuesta asigna un índice 100 a la enseña más barata en tres categorías diferentes: cesta tipo (productos frescos y envasados), cesta de productos frescos y cesta de productos envasados. El resto de enseñas reciben un índice en relación a su diferencia de precios con la enseña más barata (por ejemplo, índice 110 indica una diferencia de 10%). El Estudio de Precios de la OCU agrega los datos de las enseñas por lo que pueden producirse diferencias notables de precios entre ellas y, en particular, entre enseñas de ámbito regional o local. Efectivamente, la diferencia de precios entre una enseña local que compite en un territorio competitivo con unas características económicas que propician precios bajos (precios del suelo bajos, bajo poder adquisitivos, etc.) y otra enseña local que compite en un territorio poco competitivo con unas características económicas que propician precios superiores, pueden ser abismales. Sin embargo, el Estudio de Precios permite comparar la evolución histórica de los precios de las enseñas y comparar enseñas que compiten en las mismas zonas geográficas. Ello permite concluir que la evolución de los precios en los últimos años refleja un enorme paralelismo de precios entre las grandes superficies de las empresas líderes, con una marcada tendencia inflacionista.

En 2007, en el ámbito de grandes superficies, existía una identidad de precios entre las empresas líderes (índice de precios Carrefour, Eroski y Mercadona: 111)<sup>305</sup>, en relación a la cesta de la compra típica, mientras que sus competidores ofrecían unos precios ligeramente inferiores (índice Alcampo: 107 e índice Leclerc: 110) o apostaban por asociar su enseña a productos de calidad y precios elevados (El Corte Inglés – índice Hipercor: 124).

---

margin. The firms have the ability to create a single price index that encapsulates most of the products. It would appear that the differentiation is not so strong that rivals cannot place a value on it”.

<sup>305</sup> Vid., OCU, Compra Maestra 315, mayo 2007. Las enseñas de supermercados de Eroski y Carrefour tienen índices de precios cercanos a los de los hipermercados de referencia (índice Eroski City: 108; índice Carrefour Express: 112).



CESTA TIPO	
Cadena	Índice
S. DANI	100
CEMAR	105
HERBU'S	106
SIMPLY MARKET	107
ALCAMPO	107
HIPERUSERA	108
ORANGUTÁN	108
ALIMERKA	108
EROSKI CITY	108
SABECO	108
MASKOM	108
GIGANTE	109
GADIS	109
E. LECLERC	110
FROIZ	110
HALEY	110
MÁS Y MÁS	110
EROSKI	111
MOLDES	111
MERCADONA	111
GALERÍAS PRIMERO	111
AHORRAMÁS	111
CLAUDIO	111
CARREFOUR	111
SPAR	111
ESCLAT	112
SUPER. DE MADRID	112
PIEDRA	112
CARREFOUR EXPRESS	112
MAXCOOP	112
EL JAMON	112
CONDIS	113
HIPERSOL	113
TAMBO	113
JESPAC	114
BON PREU	114
EL ÁRBOL	114
CONSUM BASIC	114
SUPERM. CONSUM	114
DIALPRIX	114
LUPA	114
SUPER KEISY	115
ECOMOR	115
EROSKI CENTER	115
SUMA	115
SUPER OLE	115
INTERMARCHÉ	116
SUPERSOL	116
M.A.S.	118
CAPRABO	118
HIPERDINO	120
SORLI DISCAU	121
SUPER BM	122
VALVI	123
HIPERCOR	124
SUPERCOR	126
EL CORTE INGLÉS	127
ERCORECA	132
SÁNCHEZ ROMERO	146

Fuente: Estudio de Precios OCU, 2007

Este paralelismo de precios también se reflejaba de forma desagregada en los productos frescos y envasados. En relación a los productos frescos, si bien no resulta fácil la elaboración de estadísticas fiables, las enseñas Carrefour Express, Eroski y Mercadona coincidían en precios (índice: 135) y Carrefour sólo se encontraba un punto por encima (índice: 136). Alcampo y Leclerc ofrecían precios ligeramente inferiores (índices respectivos: 129 y 133), mientras que el Corte Inglés (índice Hipercor: 170) acentuaba su diferencial de precios. Significativamente, los pequeños y medianos supermercados ofrecían mejores precios que las grandes superficies, lo que puede indicar una falta de competencia en este último segmento.



CESTA FRESCA	
Cadenas	Índices
S. DANI	100
HERBU'S	107
ORANGUTÁN	120
SIMPLY MARKET	122
HIPERUSERA	123
SABECO	124
MASKOM	125
SPAR	125
ALIMERKA	127
GIGANTE	129
TAMBO	129
ALCAMPO	129
FROIZ	130
GADIS	130
EROSKI CITY	131
MOLDES	132
E. LECLERC	133
MÁS Y MÁS	134
EL JAMÓN	134
MAXCOOP	134
Cadenas	Índices
CARREFOUR EXPRESS	135
EROSKI	135
ESCLAT	135
MERCADONA	135
GALERÍAS PRIMERO	136
CARREFOUR	136
HALEY	136
CONDIS	137
AHORRAMÁS	137
EL ÁRBOL	137
SUPERM. DE MADRID	138
CLAUDIO	139
BONPREU	139
SUMA	139
DIALPRIX	140
SUPER OLÉ	141
EROSKI CENTER	142
LUPA	143
SUPERM. CONSUM	143
HIPERSOL	143
JESPAC	143
INTERMARCHÉ	143
Cadenas	Índices
SORLI DISCAU	144
CONSUM BASIC	144
SUPER KEISY	145
SUPERSOL	147
ECOMOR	148
M.A.S.	149
CAPRABO	150
VALVI	151
SUPER BM	155
ERCORECA	165
HIPERDINO	166
HIPERCOR	170
SUPERCOR	172
EL CORTE INGLÉS	175
SÁNCHEZ ROMERO	221

Fuente: Estudio de Precios OCU, 2007

Pero sin duda, donde mayor paralelismo se daba es en relación a los productos envasados, precisamente por su carácter idéntico y fácilmente comparable, así como por su función de gancho comercial para atraer los consumidores al establecimiento comercial. En este segmento se apreciaba no sólo una identidad de precios entre las enseñas líderes en el mercado de grandes superficies (índice Carrefour, Mercadona y Eroski: 103), sino también un enorme paralelismo entre estas enseñas y otras de diferentes formatos comerciales: 8 enseñas compartían el índice 102, 11 enseñas compartían el índice 103 y 11 enseñas compartían el índice 104. Incluso el Corte Inglés, enseña tradicionalmente asociada a productos de calidad con mayor precio, reducía su diferencial de precios positivo en este segmento (índice Hipercor: 108; índices Supercor y El Corte Inglés: 111).

CESTA ENVASADOS	
Cadenas	Índices
ALCAMPO	100
EROSKI CITY	101
HALEY	102
S. DANI	102
SIMPLY MARKET	102
E. LECLERC	102
CLAUDIO	102
ALIMERKA	102
GADIS	102
AHORRAMÁS	102
CEMAR	103
EROSKI	103
HIPERUSERA	103
HIPERSOL	103
SUPERM. DE MADRID	103
MÁS Y MÁS	103
GALERÍAS PRIMERO	103
MERCADONA	103
ECOMOR	103
GIGANTE	103
CARREFOUR	103
FROIZ	104
HIPERDINO	104
SABECO	104
MASKOM	104
MOLDES	104
ESCLAT	104
JESPAC	104
CONSUM BASIC	104
SUPER KEISY	104
SUPERM. CONSUM	104
LUPA	104
ORANGUTÁN	105
CARREFOUR EXPRESS	105
CONDIS	105
MAXCOOP	105
SUPERSOL	105
BONPREU	105
EL JAMÓN	106
DIALPRIX	106
EROSKI CENTER	106
EL ÁRBOL	106
INTERMARCHÉ	107
SPAR	107
SUPER OLÉ	107
SUMA	108
CAPRABO	108
M.A.S.	108
HIPERCOR	108
PIEDRA	108
TAMBO	109
HERBU'S	109
SUPERCOR	111
EL CORTE INGLÉS	111
SUPER BM	112
VALVI	114
SORLI DISCAU	114
SÁNCHEZ ROMERO	118
ERCORECA	122

Fuente: Estudio de Precios OCU, 2007



En noviembre de 2008, la OCU ha publicado su Estudio de Precios para el 2008<sup>306</sup>, destacando la “espectacular subida de precios” y la “suave homogeneización de los precios entre establecimientos”<sup>307</sup>. En relación a la cesta tipo, las grandes superficies vuelven a posicionarse en valores relativos idénticos o análogos a los de 2007, con la excepción de los hipermercados de El Corte Inglés, que han reducido tres puntos su índice de precios: índice Alcampo: 107 (sin cambios en relación a 2007); índice Carrefour: 110 (-1); índice Mercadona: 110 (-1); índice Leclerc: 110 (=); índice Eroski: 111 (=); índice Hipercor: 120 (-3).

CESTA TIPO			
CADENAS	Índices	CADENAS	Índices
S. DANI	100	EL JAMÓN	110
FAMILIA	103	TAMBO	110
EKOAMA	106	CARREFOUR	110
CEMAR	107	SUP. DE MADRID	110
HIPERUSERA	107	MOLDES	110
HALEY	107	MAXCOOP	111
ALCAMPO	107	AHORRAMÁS	111
ALIMERKA	107	CONDIS	111
HERBU'S	108	EROSKI	111
MÁS Y MÁS	108	LUPA	111
GADIS	108	HIPERSOL	111
FROIZ	108	VIDAL	112
MAXIDIA	108	DIALPRIX	112
SIMPLY MARKET	108	ORANGUTÁN	112
GIGANTE	109	M.A.S.	112
MASKOM	109	PLUS FRESC	112
DIA	109	ECOMOR	112
PIEDRA	109	SPAR	112
INTERMARCHÉ	109	CARREFOUR EXP.	113
E. LECLERC	110	SUPERSOL	113
SABECO	110	LA DESPENSA	113
MERCADONA	110	EROSKI CENTER	114
			114
			ESCLAT
			SUMA
			JESPAC
			CONSUM BASIC
			SUPERM. CONSUM
			CAPRABO
			BON PREU
			SUPER OLÉ
			EL ÁRBOL
			SUPER KEISY
			HIPERDINO
			SORLI DISCAU
			EROSKI CITY
			GALER. PRIMERO
			HIPERCOR
			SUPER BM
			SUPERCOR
			EL CORTE INGLÉS
			ERCORECA
			S. ROMERO

Fuente: Estudio de Precios OCU, 2008

En la cesta de productos frescos se mantiene el paralelismo de precios entre la mayor parte de las grandes superficies, si bien Eroski se desvía al alza significativamente (índice 140, +5 en relación a 2007). Las enseñas Carrefour y Mercadona coinciden en el índice: 135 (Carrefour +1 en relación a 2007; Mercadona sin cambios en relación a

<sup>306</sup> OCU, Compra Maestra 315, noviembre 2008.

<sup>307</sup> OCU, Nota de Prensa de 22.10.2008: “(1) Espectacular subida de los precios durante el último año, una media de 11,4% en la Cesta Tipo y un 12,3% en la Cesta Económica. Estas cifras suponen un 60% más que el IPC de los últimos 18 meses (7,1%); (2) Se produce una suave homogeneización de los precios entre establecimientos; (...)”



2007); Alcampo y Leclerc se sitúan ligeramente por debajo en el índice 133 (Alcampo +4 en relación a 2007; Leclerc sin cambios en relación a 2007), mientras que el Corte Inglés desciende del índice 170 al 167 (-3 en relación a 2007). De nuevo los pequeños y medianos supermercados ofrecen mejores precios que las grandes superficies.

CESTA FRESCA	
CADENAS	Índices
S. DANI	100
EKOAMA	115
PIEDRA	116
FAMILIA	118
HERBU'S	120
HALEY	126
HIPERUSERA	127
MASKOM	128
EL JAMÓN	128
SIMPLY MARKET	129
ALIMERKA	129
MÁS Y MÁS	130
GIGANTE	130
GADIS	130
FROIZ	131
SUP. DE MADRID	131
TAMBO	131
MAXCOOP	132
SORLI DISCAU	133
ALCAMPO	133
ORANGUTÁN	133
E. LECLERC	133
DIA	133
CONDIS	133
SABECO	134
SPAR	135
CARREFOUR	135
MERCADONA	135
MAXIDIA	136
HIPERSOL	136
MOLDES	137
PLUS FRESC	138
LA DESPENSA	138
M.A.S.	138
DIALPINX	138
CARREFOUR EXP.	139
ESCLAT	139
SUPERSOL	139
SUPER OLÉ	139
SUMA	140
INTERMARCHÉ	140
EROSKI	140
AHORRAMÁS	140
INDEPENDIENTES	141
BON PREU	145
VIDAL	146
ECOMOR	146
LUPA	146
EL ÁRBOL	147
GALER. PRIMERO	148
EROSKI CENTER	149
CAPRABO	149
SUPERM. CONSUM	149
CONSUM BASIC	150
JESPAC	153
SUPER KEISY	155
EROSKI CITY	157
HIPERDINO	159
SUPER BM	160
HIPERCOR	167
SUPERCOR	168
ERCORECA	176
EL CORTE INGLÉS	177
S. ROMERO	211

Fuente: Estudio de Precios OCU, 2008

En 2008, al igual que en 2007, el mayor paralelismo de precios (próximo a la igualdad de precios) se manifiesta en los productos envasados, utilizados como gancho comercial para atraer a los consumidores a los establecimientos. En el segmento de grandes superficies, las principales empresas tienen precios prácticamente idénticos, con la excepción de Alcampo (índice: 100, sin cambios en relación a 2007). Eroski y Mercadona mantienen el índice 103 (=); Carrefour (+1) y Leclerc (+2) se igualan en el índice 104 e Hipercor se posiciona como alternativa competitiva en precios al reducir su índice al 106 (-2). La homogeneidad de precios en este segmento es extraordinaria: 9 enseñas comparten el índice 103; 9 enseñas comparten el índice 104; 11 enseñas comparten el índice 105; 8 enseñas comparten el índice 106 y 8 enseñas comparten el índice 107. En suma, de las 65 enseñas analizadas, 45 (69,2%) se encuentran en los índices 103-107<sup>308</sup>.

<sup>308</sup> Un 13,8% de las enseñas comparte el índice 103, un 13,8% comparte el índice 104, un 16,9% comparte el índice 105, un 12,3% comparte el índice 106 y otro 12,3 comparte el índice 107.



## CESTA ENVASADA

CADENA	Índice	CADENA	Índice	CADENA	Índice
FAMILIA	100	S. DANI	104	EKOAMA	106
ALCAMPO	100	CARREFOUR	104	SPAR	107
MAXIDIA	101	SUPER KEISY	104	SUPERSOL	107
INTERMARCHÉ	101	CEMAR	104	EL ÁRBOL	107
LUPA	102	MASKOM	105	INDEPENDIENTES	107
ALIMERKA	102	JESPAC	105	LA DESPENSA	107
HIPERUSERA	102	EROSKI CENTER	105	ORANGUTÁN	107
HALEY	102	HIPERDINO	105	BON PREU	107
DIA	103	DIALPRIX	105	HERBU'S	107
GADIS	103	M.A.S.	105	ESCLAT	108
AHORRAMÁS	103	CONDIS	105	SUMA	108
ECOMOR	103	CONSUM BASIC	105	EROSKI CITY	109
VIDAL	103	HIPERSOL	105	SUPERCOR	109
MÁS Y MÁS	103	MAXCOOP	105	PIEDRA	109
FROIZ	103	PLUS FRESC	105	EL CORTE INGLÉS	109
EROSKI	103	TAMBO	106	SUPER OLÉ	110
MERCADONA	103	SUP. DE MADRID	106	SUPER BM	111
GIGANTE	104	EL JAMÓN	106	GALER. PRIMERO	112
MOLDES	104	CARREFOUR EXP.	106	SORLI DISCAU	115
SABECO	104	SUPERM. CONSUM	106	ERCORECA	122
E. LECLERC	104	CAPRABO	106	S. ROMERO	123
SIMPLY MARKET	104	HIPERCOR	106		

Fuente: Estudio de Precios OCU, 2008

Estos datos permiten concluir que, si bien pueden existir diferencias regionales debidas al entorno competitivo y las condiciones económicas, en términos agregados (por enseña), el paralelismo de precios adquiere una dimensión nacional. Este efecto nacional se explica por la existencia de dos factores interrelacionados: una multitud de mercados regionales oligopolistas (comprobado por el SDC en su Auto de archivo 2006 en relación a los precios de la gran distribución en Valencia) y una estrategia comercial y de precios de ámbito nacional, al menos en parte (admitida por las empresas<sup>309</sup> y comprobado por la Resolución Aceites 2 en relación a los precios del aceite Carbonell 0,4º y Koipesol en España).

#### 8.4.2 Precios supracompetitivos

Si el paralelismo de precios no responde a un escenario de competencia perfecta, lógicamente debe concluirse que responde a un escenario de interdependencia oligopolista que genera precios supracompetitivos.

<sup>309</sup>

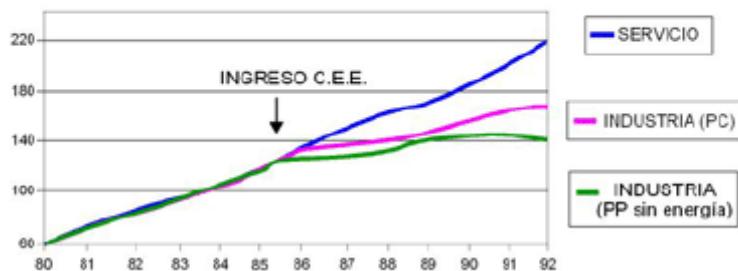
Vid., Sección 6.2.1 *supra*.



La existencia de mercados locales con barreras de entrada es una característica del sector servicios que incide en unas tensiones inflacionistas mayores que las que soporta el sector industrial. En su Estudio TDC 1993, el TDC constató que la entrada en la Comunidad Europea había contenido los precios industriales mientras que no había tenido efectos positivos sobre los precios de los servicios. A juicio del TDC, “la introducción de competencia en los servicios que el Informe propugna debería tener un efecto en los precios de los servicios equivalente al que la entrada en la CE ha tenido en los precios de los productos industriales”.

Gráfico 1.  
**ÍNDICE DE PRECIOS. ESPAÑA (1980-1992)**  
**SECTORES INDUSTRIA Y SERVICIOS**

Base agosto 1983 = 100



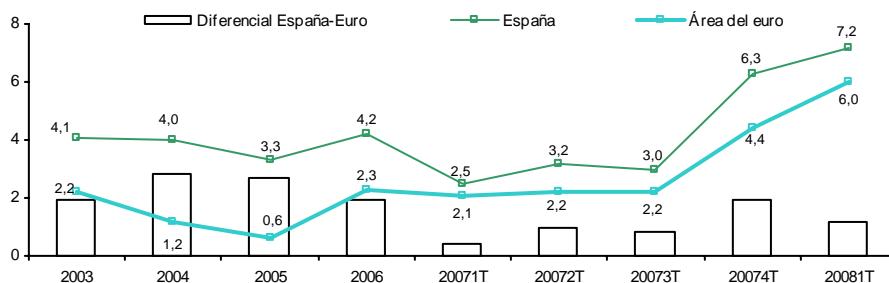
Fuente: Estudio TDC 1993, p. 15.

Dentro del sector servicios, la distribución de alimentos es uno de los sectores que más está contribuyendo al aumento del IPC en los últimos años. En el periodo 1993-2002, los alimentos fueron el segmento más inflacionista detrás de los servicios<sup>310</sup>. La tendencia inflacionista de los alimentos parece haber continuado en el periodo más inmediato. Según un estudio de Caixa Catalunya sobre la inflación de los alimentos en España (Estudio Caixa Catalunya 2008), el IPC de los alimentos presenta un diferencial positivo en relación al de los 15 Estados miembros que conforman la zona euro: “En media del quinquenio 2003-2007 el IPCA de alimentos en España ha registrado un crecimiento por año del 3,9% frente al 1,8% del área del euro de los quince, con un diferencial que en todo momento ha señalado el mayor dinamismo de los precios en España”.<sup>311</sup>.

<sup>310</sup> María de los Llanos Matea y Ana Esteban, “Transformaciones estructurales, precios y márgenes en el sector de distribución al por menor de alimentos”, Boletín Económico, Banco de España, junio 2003, p. 52: “En este sentido, hay que tener en cuenta que en el promedio de los últimos nueve años [1993-2002] —período para el que estuvo en vigor la base anterior del IPC— la alimentación ha sido, después de los servicios, el componente más inflacionista de este índice.”

<sup>311</sup> Caixa Catalunya, Consumo y Economía Familiar, “La inflación de alimentos en España: comparativa con el área del euro y causas fundamentales”, Consumo y Economía Familiar N° 51, junio 2008 (“Estudio Caixa Catalunya 2008”), p. 45.

**Gráfico 3.3. Evolución del IPCA de alimentos en España y el área del euro-15**  
Tasa de variación interanual en porcentaje y diferencial en puntos porcentuales



Fuente: Estudio Caixa Catalunya 2008.

Asimismo, el Estudio Caixa Catalunya 2008 constata que el IPC Armonizado (IPCA) español de alimentos es más resistente a la baja y más flexible al alza que su hermano de la zona euro<sup>312</sup>. Por otra parte, el Estudio de Caixa Catalunya ha puesto de manifiesto que en los últimos años los alimentos han tenido una importancia significativa en el diferencial de inflación entre España y la zona euro:

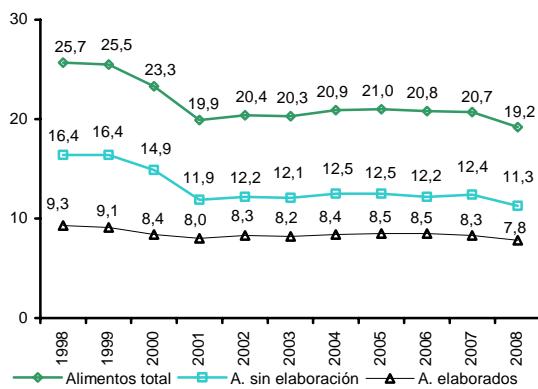
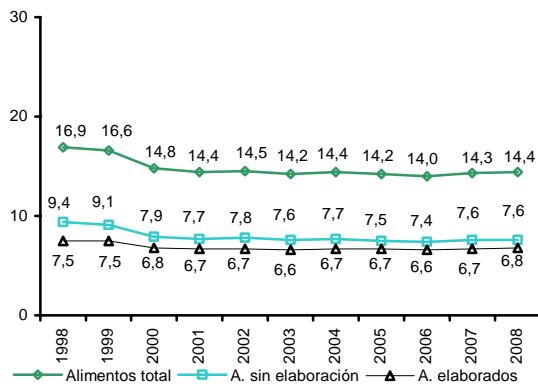
“La combinación de los dos factores observados, por un lado una estructura de gasto más sesgada en España hacia el consumo de productos alimentarios que en el área del euro y, por el otro, un mayor dinamismo de los precios de los alimentos en España, justifica la contribución relativamente más intensa de los alimentos a la tasa de inflación española. Así en el quinquenio 2003-2007 la inflación media del área de los quince ha sido de un 2,2% anual, de la cual en torno al 10% (0,2 puntos porcentuales) ha sido debida al componente de alimentos. En el caso de España, la inflación media de este periodo ha sido del 3,2% anual, con una contribución del IPCA de alimentos a esa tasa del 27% (0,8 puntos porcentuales). Ello supone que a lo largo de este periodo los alimentos han tenido un elevado protagonismo en el diferencial de inflación entre España y el área del euro, de forma que si, en media anual, este diferencial ha sido de un punto porcentual, los alimentos explican 0,6 puntos del mismo, es decir, el 60%.”<sup>313</sup>

<sup>312</sup> Estudio Caixa Catalunya 2008, pp. 45-46: “Una característica intrínseca del IPCA de alimentos español es su notable resistencia a la baja, con un crecimiento que tan sólo en momentos puntuales ha llegado a situarse por debajo del 3%. (...). Además la evolución reciente también ha puesto de manifiesto que en coyunturas alcistas, como la que se inició el pasado año como consecuencia de la situación en los mercados de materias primas, la respuesta de los precios de los alimentos en España ha sido más rápida e intensa que la experimentada por el área del euro en su conjunto”

<sup>313</sup> Estudio Caixa Catalunya 2008, p. 46.

**Gráfico 3.4. Evolución de la ponderación de los alimentos en el IPCA en España y el área del euro-15**

Ponderación en el IPCA en porcentaje

**A. España****B. Área del euro-15**

Fuente: Estudio Caixa Catalunya 2008

En relación a los componentes del IPCA español de alimentos, los alimentos sin elaboración tienen una mayor incidencia en el diferencial con la zona del euro, aunque ello se debe principalmente a su mayor peso relativo en el índice español. Sin embargo, mientras los alimentos sin elaboración han crecido a una tasa media anual del 3,9% (1,9% en el área euro), los alimentos elaborados han aumentado de media un 3,7% anual (1,7% en el área euro)<sup>314</sup>, habiendo experimentado en 2007 un incremento significativamente mayor que los alimentos no envasados.

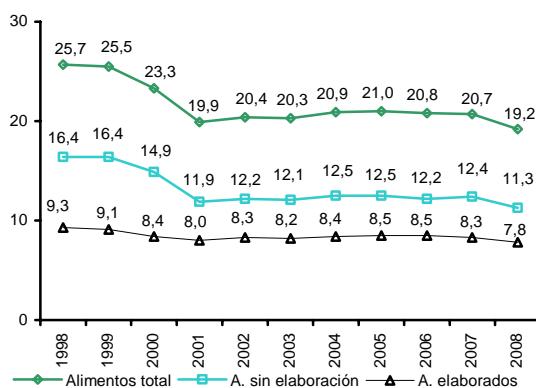
<sup>314</sup>

Estudio Caixa Catalunya, p. 48.

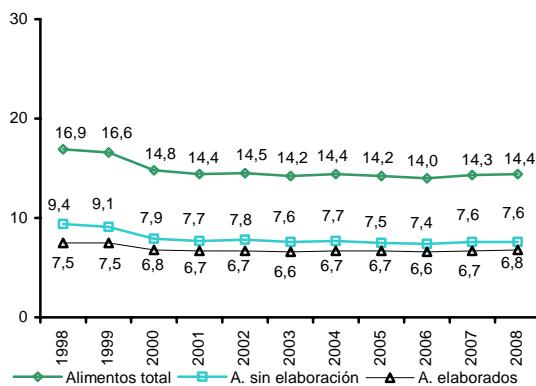
### Gráfico 3.6. Evolución de la ponderación de los alimentos en el IPCA en España y el área del euro-15

Ponderación en el IPCA en porcentaje

A. España



B. Área del euro-15



Fuente: Estudio Caixa Catalunya 2008

Asimismo, diversos estudios económicos han establecido una relación positiva entre el grado de concentración de los mercados locales de distribución minorista y los precios<sup>315</sup>. En particular, destacan los estudios “Relación entre concentración y precios en el comercio minorista” (1995)<sup>316</sup>, “Concentración y competencia en los canales de distribución de productos alimenticios” (2003)<sup>317</sup>, y “Estructura de competencia y dispersión de precios en el comercio minorista” (2006)<sup>318</sup>.

#### 8.4.3 Márgenes elevados

La existencia de márgenes elevados en un sector económico puede responder a las eficiencias económicas obtenidas por las empresas que operan en él, al menos de forma transitoria (en ausencia de barreras de entrada, los márgenes elevados atraerán nuevos competidores que reducirán los márgenes hasta niveles competitivos). Sin embargo, en

<sup>315</sup> Por ejemplo, el Departamento de Comercialización e Investigación de Mercados de la Universidad Autónoma de Madrid ha publicado numerosos estudios en este campo.

<sup>316</sup> María Jesús Yagüe, Información Comercial Española ICE, núm. 739, 1995, pp. 59-70.

<sup>317</sup> Ignacio Cruz Roche, Alfonso Rebollo Arévalo y María Jesús Yagüe, Papeles de Economía, núm. 96, 2003, pp. 112-133.

<sup>318</sup> Ignacio Cruz Roche y Javier Oubiña Barbolla, Información Comercial Española ICE, núm. 828, 2006, pp. 175-186.



una estructura oligopolista en la que existe un paralelismo de precios, una tendencia inflacionaria y barreras de entrada insuperables, debe concluirse que los márgenes elevados reflejan principalmente el poder de mercado del oligopolio y la ausencia de competencia suficiente en el mercado.

La vinculación entre márgenes elevados y poder de mercado en el mercado español de la distribución minorista ha sido puesta de manifiesto en diferentes estudios.

En el ámbito español, el Estudio Cruz Roche 1999 dedicó un capítulo al estudio de la estructura de las cuentas de resultados en las empresas de distribución minorista, clasificadas en cuatro grupos en función de su volumen de facturación<sup>319</sup>. El estudio identificó un umbral de facturación mínimo en términos de márgenes brutos positivos:

“Los resultados obtenidos para 1997 (último año disponible) por los distintos grupos de empresas revelan la existencia de una clara ruptura en la obtención de márgenes brutos entre las grandes empresas, con facturaciones por encima de los 30.000 millones [de pesetas], y las empresas con niveles de venta por debajo de ese nivel. (...). Estas diferencias en los márgenes brutos parecen apuntar a que existe una escala de operación, situada en los 30.000 millones de facturación, que marca el punto de ruptura por encima del cual las empresas incrementan sus márgenes brutos. La obtención de un mayor margen bruto puede ser debido a mayores ventas netas, incrementos en la partida de otros ingresos de explotación o a una reducción en el [coste] de ventas”.<sup>320</sup>

Asimismo, las grandes empresas también exhibían unos mayores márgenes de explotación, a pesar de que existía una homogeneidad de los costes operativos relativos en todos los grupos. Todo ello hacía “plausible pensar que estas empresas consiguen unos márgenes brutos mayores por su poder de mercado y, como antes se ha expuesto, por la existencia de economías en la escala de operación, trasladando el efecto de mayores márgenes brutos a sus márgenes de explotación”<sup>321</sup>. Sin embargo, el análisis individual de las cuentas de las grandes empresas llevaba al estudio a concluir que el factor poder de mercado primaba sobre el factor eficiencia:

“Este aumento paulatino de los márgenes brutos puede ser debido a una mejora en el nivel de servicio ofrecido a los consumidores, lo que conllevaría un aumento en los costes operativos de explotación; sin embargo, tal y como puede apreciarse en la misma tabla, los márgenes de explotación siguen igualmente en líneas generales una tendencia creciente, lo cual nos conduce a desechar la hipótesis anterior y atribuir el aumento de margen bruto a la ocupación de una posición competitiva más fuerte por parte de PRYCA con el transcurso de los años, que le permite ir obteniendo un mayor margen a lo largo del tiempo. Este fortalecimiento de la posición competitiva, y la consiguiente ganancia extra, pueden traducirse de dos diferentes formas, bien en un mayor poder de cara al mercado final que le permite fijar unos precios superiores, bien en una posición

<sup>319</sup> Estudio Cruz Roche 1999, p. 294.

<sup>320</sup> Estudio Cruz Roche 1999, p. 295.

<sup>321</sup> Estudio Cruz Roche 1999, p. 301.



negociadora más fuerte frente a los fabricantes que le permite conseguir una reducción de los costes de aprovisionamiento de los productos.”<sup>322</sup>

Un artículo publicado en el Boletín Económico del banco de España de junio de 2003 vinculaba los márgenes comerciales de los hipermercados y grandes cadenas de supermercados con la concentración y ausencia de competencia suficiente en el sector<sup>323</sup>.

Asimismo, según el Estudio Banco Central Europeo 2006, los márgenes crecientes de la distribución minorista de bienes de consumo diario en España son una consecuencia directa de las barreras de entrada y la competencia insuficiente en el sector, escenario que también se da en Francia e Italia:

“Different aspects of the impact of regulation of a key services sector such as retail trade on the sector’s economic performance can be studied using the experiences of France, Spain and Italy. Although their market structure is very different (e.g. retail sales are concentrated in France, but not in Spain), the results of the reversal in the liberalisation trend of the mid-1990s in these countries have been a fall in new entries of large retail stores, which has dampened competition, and an increase in margins.

Apart from the impact on employment, the experience of France, Spain and Italy shows that the change in regulation introduced in order to protect small traditional shops from the competition of large stores has increased incumbents’ market power and price margins, pushing retail prices upwards. Moreover, it has failed in its aim: in France, it did not prevent the decrease in the market power of small shops, whereas in Spain and Italy, employment growth in the retail sector has slowed down.”<sup>324</sup>

---

<sup>322</sup> Estudio Cruz Roche 1999, p. 302.

<sup>323</sup> Matea y Esteban, “Transformaciones estructurales...”, *op. cit.*, p. 61: “Con todas las cautelas con las que debe abordarse esta información, y condicionado a los resultados que se pueden obtener de un estudio más exhaustivo, el análisis de estos datos indica que, por un lado, las tiendas tradicionales han tendido a fijar precios comparativamente más elevados para compensar sus mayores costes y, por otro, que los hipermercados podrían estar aumentando sensiblemente sus márgenes, reflejando su mayor poder de negociación y el efecto de las barreras administrativas que han fijado algunas CCAA. Esta información se vería confirmada con el análisis de los datos de Central de Balances sobre hipermercados y principales cadenas de supermercados. Estos establecimientos comerciales han mostrado, desde 1984, un notable dinamismo, que se ha manifestado en crecimientos del VAB [Valor Añadido Bruto] superiores al del total de sociedades no financieras y en importantes crecimientos del empleo, destacando, en particular, el fuerte avance del empleo temporal y, en los últimos años, del empleo a tiempo parcial. Estas empresas han seguido estrategias comerciales distintas a lo largo del período analizado. Hasta aproximadamente la mitad de la década de los noventa, el proceso de consolidación de los nuevos establecimientos en el sector habría requerido una política más agresiva en precios. Con posterioridad, en un contexto de expansión más moderada, los márgenes comerciales y de explotación se habrían ampliado a un ritmo superior al de otros sectores, según la información de la Central de Balances.”

<sup>324</sup> Estudio Banco Central Europeo 2006, p. 73

**Chart C Trade margins in Spain**

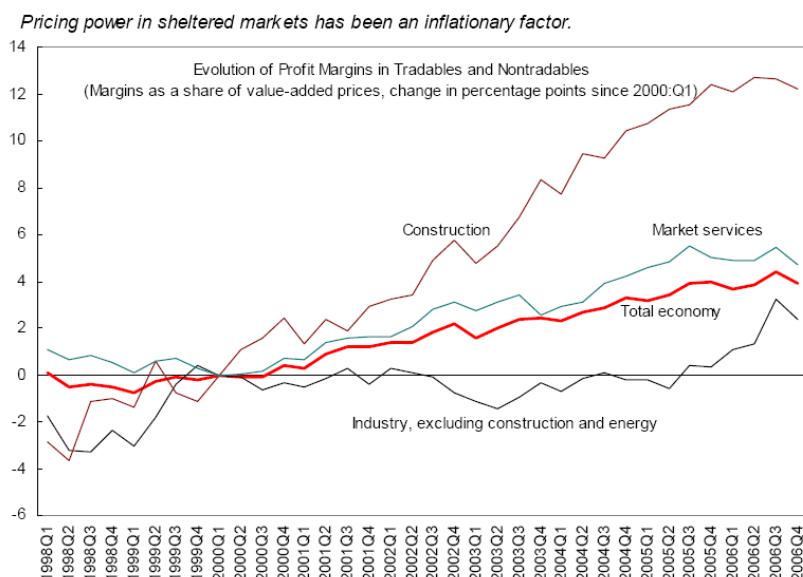
(calculated as gross value added over sales)



Source: Central Balance Sheet Data Office, Banco de España.

Fuente: Estudio Banco Central Europeo 2006, p. 73.

El FMI, también ha asociado los márgenes elevados en el sector servicios y, en particular, en la distribución minorista de bienes de gran consumo, con la ausencia de competencia suficiente.



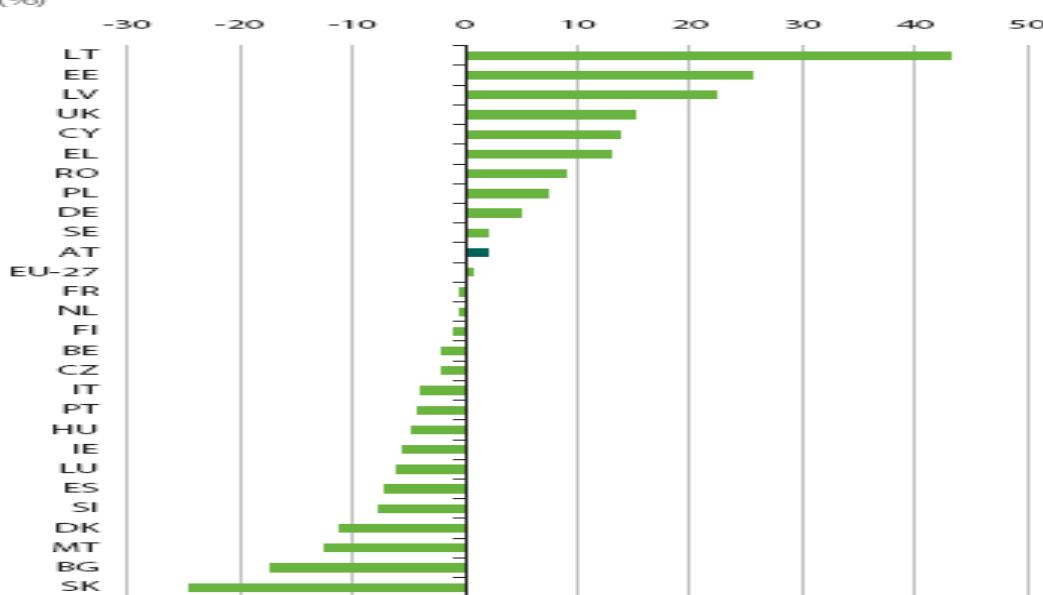
Fuente: Informe FMI 2007, p. 13.

Además del análisis de los márgenes empresariales, la diferente evolución de los precios minoristas y los precios de los insumos en los últimos años puede indicar, con las cautelas oportunas, una disminución de la competencia en la distribución. En el periodo 1993-2002, la inflación de la distribución minorista de alimentos fue sensiblemente



superior a la inflación de sus insumos<sup>325</sup>. Asimismo, según los datos de la oficina estadística europea (Eurostat)<sup>326</sup>, España con una tasa cercana al -10%, es uno de los cinco Estados miembros de la UE-27 (en orden descendente, Slovakia, Bulgaria, Malta, Dinamarca y España) y uno de los dos Estados miembros de la anterior UE-15 que ha experimentado un crecimiento negativo de los precios reales agrícolas en el periodo 2000-2007.

**Figure 2.19: Overall change in the real-terms (i.e. deflated) price of agricultural goods output, 2000-2007 (%)**



Source: Eurostat (Agricultural prices and price indices, APRI\_Pico\_OUTA)

Fuente: Eurostat Pocketbook 2008.

Sin embargo, los precios reales de los alimentos y bebidas no alcohólicas han seguido una tendencia marcadamente positiva al menos en el periodo 2002-2008.

### IPC General (2005=100)

	Media anual						Variación de las medias anuales							
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
General	88,0	90,7	93,5	96,6	100,0	102,8	107,0	3,5	3,0	3,0	3,4	3,5	2,8	4,1

Fuente: INE

<sup>325</sup> Matea y Esteban, “Transformaciones estructurales...”, *op. cit.*, p. 52: “Además, el crecimiento de los dos componentes alimenticios del IPC —alimentos elaborados y sin elaborar— ha sido sistemáticamente superior al que se registraba en un estadio inferior de la cadena de formación de precios, siendo especialmente notables las diferencias que se aprecian entre el IPC de alimentos no elaborados y el índice de precios percibidos por el agricultor de los productos destinados al consumo humano. Así, el incremento medio anual del IPC de alimentos elaborados fue del 2,9% en el periodo 1993-2002, mientras que el del índice de precios industriales de consumo alimenticio fue del 2,2%. Por otro lado, la tasa de avance del IPC de alimentos no elaborados fue del 3,1% en el periodo 1993-2001, y del 1,5% el correspondiente al índice de precios percibidos por el agricultor de productos destinados al consumo humano [nota omitida]. Estos datos apuntan a que, posiblemente, los márgenes de comercialización han tendido a ampliarse en esta última década [nota omitida], de manera que el comportamiento del sector de la distribución parece haber influido en la evolución de los precios al por menor de los alimentos.”

<sup>326</sup> “Food: from farm to fork”, Eurostat Pocketbooks, 2008.



### IPC Alimenatos/Bebidas no alcohólicas (2005=100)

Media anual	Variación de las medias anuales													
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2002	2003	2004	2005	2006	2007	08
Alimentos/ bebidas no alcohólicas	86,1	89,6	93,1	96,0	100,0	103,7	109,8	4,7	4,1	3,9	3,2	4,1	3,7	5,9

Fuente: INE

#### 8.4.4 Opinión de la distribución minorista

La opinión de las empresas de la distribución en relación a la concentración Carrefour/Promodès, permiten concluir que, en la actualidad, la posición de dominio individual o colectiva en los mercados locales de grandes superficies son una realidad propiciada en gran parte por las barreras de entrada. Debe recordarse que en la concentración Carrefour/Promodès, la cuota de mercado de la empresa fusionada no hubiera alcanzado el umbral tradicionalmente asociado a la posición dominante individual (40%) en el ámbito nacional ni en una mayoría de mercados locales.

Sin embargo, en sus alegaciones a la concentración Carrefour/Promodès, las principales empresas de la distribución alegaron que la empresa fusionada ocuparía una posición dominante restrictiva en numerosos mercados locales.

Por ejemplo, Alcampo identificó 12 provincias en las que la participación en salas de ventas superaba el 30% sobre el total de la distribución y 21 provincias en las que la participación estaba entre el 20% y el 30%. Asimismo, señalaba 18 poblaciones próximas a hipermercados de la empresa fusionada en las que existía “dominio o concentración”<sup>327</sup>. En relación a las barreras de entrada, Alcampo señaló que “la normativa autonómica que presentan determinadas CC.AA. restringe el acceso de nuevos competidores, empeorando las condiciones de competencia<sup>328</sup>. Lidl señaló que “la adquisición por una sola empresa de una cuota tan significativa del mercado español de la distribución adquiere relieves particularmente graves si se tiene en cuenta que se trata de un mercado en el que existen barreras de entrada insalvables para los nuevos competidores que deseen introducirse en él. Además, precisó que una posición dominante podía facilitar el fenómeno de “captura del regulador”, incrementando las barreras legales de entrada para otros competidores<sup>329</sup>. Eroski defendió la necesidad de definir un mercado de grandes superficies (hipermercados) de ámbito geográfico local e identificó 5 ciudades en las que la empresa fusionada tendría una posición de “monopolio absoluto” y numerosas otras en las que tendría elevadas cuotas de mercado, situación agravada por los proyectos de apertura de nuevos establecimientos. Por ello, Eroski consideraba lo siguiente:

- “- la concurrencia simultánea de la autorización de la fusión solicitada y la aplicación de las regulaciones vigentes en el ordenamiento del mercado del

<sup>327</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 10.

<sup>328</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 11.

<sup>329</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 11: “la posición de privilegio de la nueva entidad la convierte, en otros ámbitos, en un poderoso grupo de presión con capacidad de influir en el proceso normativo, incidiendo en extremos tales como los horarios comerciales o la libertad de establecimiento”.



comercio minorista en España, penaliza al resto de competidores, impide mejorar su posición competitiva y perturba el ejercicio de la libre competencia.

- es prioritario adoptar las medidas que proceda, a fin de restablecer condiciones de competencia e igualdad de oportunidades de los operadores.
- es esencial velar para que las cuotas de mercado de las categorías de productos controladas por el Grupo Carrefour en España no reduzcan las posibilidades de elección presentadas al consumidor y no incidan negativamente, a medio y largo plazo, en los procesos de formación de los precios finales.”<sup>330</sup>

Las alegaciones de El Corte Inglés eran similares a las de Eroski:

“Existen barreras administrativas paralelas en España derivadas de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y de las normas autonómicas de equipamiento comercial que tienen como consecuencia una estabilización del grado de competencia en los territorios, al negar o dificultar en gran medida cualquier nueva iniciativa.

Una fusión como la planteada, produce como efecto de estas restricciones, una reducción o imposibilidad de respuesta sobre el resto de las empresas del sector.

Dicho en otros términos, al existir una limitación de orden reglamentaria para la nueva implantación de establecimientos comerciales de cierta dimensión, y ser ésta, con mayor o menor rigor, la realidad en todo el territorio del Estado, la operación produce en algunas zonas geográficas en las que las entidades fusionadas tienen una clara posición de predominio, a consolidar la misma, sin que sea posible para otros grupos implantarse al efecto de competir en el área de referencia”.<sup>331</sup>

Lógicamente, las alegaciones de las empresas minoristas siguen estando plenamente justificadas en relación a los mercados locales en los que el liderazgo de una o varias empresas, independientemente de su origen (fusión o crecimiento orgánico), se beneficia de las enormes barreras de entrada existentes.

Si bien el Informe Carrefour/Promodès se adoptó en el año 2000, las condiciones oligopolistas del mercado parecen ser más acentuadas en la actualidad. En años recientes, la gran distribución ha alegado en al menos dos expedientes sancionadores (uno de ellos relacionado con una conducta de ámbito nacional) que la distribución minorista es un mercado oligopolista donde el paralelismo de precios es fruto de la interdependencia de las empresas y su adaptación inteligente a los comportamientos de los competidores<sup>332</sup>.

<sup>330</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 13.

<sup>331</sup> Informe Carrefour/Promodès, pp. 19-20.

<sup>332</sup> Auto de archivo SDC 2006 y Resolución Aceites 2.



## 8.5 Conclusiones del mercado minorista

El mercado español de las grandes superficies comerciales se caracteriza por la existencia de una posición de dominio individual o colectivo (oligopolio colusivo) en la gran mayoría de mercados locales.

El oligopolio colusivo viene facilitado por la elevada concentración, la transparencia del mercado, la posibilidad de contrarrestar de manera eficaz las estrategias comerciales de empresas competidoras y las elevadas barreras de entrada. Estas condiciones se reproducen en mayor o menor medida en todas las Comunidades Autónomas. Por ejemplo, en 2 Comunidades Autónomas el índice de concentración de las tres primeras empresas (C3), en términos de superficie minorista de ventas, se aproxima al 45%, en 3 Comunidades Autónomas el C3 se sitúa entre el 45-50%, en 1 Comunidad Autónoma el C3 se eleva al 50-60%, en 9 Comunidades Autónomas el C3 aumenta hasta el 60-70% y en 2 Comunidades supera el 70%. Este grado de concentración es mayor si la cuota de mercado se estima en facturación y, aún mayor, si la estimación se refiere al mercado de grandes superficies comerciales, tanto en superficie de ventas como en facturación.

Las tres empresas líderes de la distribución minorista, Carrefour, Mercadona y Eroski, desempeñan un papel decisivo en esta estructura competitiva. En primer lugar, las tres empresas son líderes destacados del mercado español y están presentes en todas las Comunidades Autónomas<sup>333</sup>. En segundo lugar, entre las tres empresas lideran el mercado autonómico en 13 Comunidades Autónomas (Carrefour y Eroski lideran 5 cada una y Mercadona 3). En tercer lugar, las tres empresas líderes en el ámbito nacional ocupan las tres primeras posiciones en 4 Comunidades Autónomas y dos de ellas están entre las tres primeras empresas en 14 Comunidades Autónomas. En términos de volumen de facturación, el criterio que mejor refleja el poder de mercado, la cuota conjunta de las tres empresas líderes en el mercado minorista nacional puede encontrarse entre el 55% y el 63,6%, según las fuentes. En relación al mercado de las grandes superficies comerciales de más de 1.000 m<sup>2</sup>, la cuota de mercado conjunta puede superar esos porcentajes.

El liderazgo nacional y local de Carrefour, Mercadona y Eroski en un entorno oligopolista produce los siguientes resultados. En los mercados locales/regionales, estas tres empresas tienen la capacidad individual o conjunta de actuar de líder oligopolista que sirve de referencia al resto de competidores. En el ámbito nacional, la suma de oligopolios locales<sup>334</sup>, la multiplicidad de mercados en los que las tres empresas operan

---

<sup>333</sup> Salvo Navarra y País Vasco en el caso de Mercadona y Canarias en el caso de Eroski, ausencias que no parecen responder a motivaciones económicas.

<sup>334</sup> *Vid.*, las conclusiones análogas del Estudio Competition Commission 2008, epígrafe 6.33, pp. 112-113: “The fact that many grocery retailers set a substantial proportion of their retail offer nationally on a uniform, or near uniform, basis across all their stores does not, however, mean that the degree of concentration in local markets for grocery retailing is not important. The degree of local market concentration could influence the retail offer in two ways: through influencing those components of the retail offer that are adjusted locally at the store level (see paragraphs 6.34 to 6.63); and through influencing the overall level at which nationally uniform components of the retail offer are set (see paragraphs 6.64 to 6.73).”



y pueden adoptar medidas de represalias<sup>335</sup>, la creciente importancia de las políticas comerciales y de precios nacionales<sup>336</sup>, y su participación en el oligopolio nacional del mercado de aprovisionamiento<sup>337</sup>, son factores que facilitan la extensión a toda España de la colusión oligopolista sobre los precios y otras condiciones comerciales.

---

<sup>335</sup> La doctrina económica señala que la participación de un número reducido de empresas en diferentes mercados geográficos es susceptible de reforzar su mutua interdependencia y reforzar la estructura oligopolista de todos los mercados geográficos. El estudio de Ignacio Cruz Roche, Javier Oubiña Barbolla y María Jesús Yagüe Guillén, “Análisis de la dispersión de precios en el comercio minorista: el papel de la competencia multimercado”, Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa, vol. 17, núm. 2, 2008, pp. 9-30, analiza la competencia multimercado en la distribución minorista española y concluye en su página 26: “En segundo lugar, se verifica la importancia de incorporar el concepto de “tolerancia mutua” a los tradicionales modelos de competencia horizontal que sustentan principalmente el poder de mercado sobre las bases de la concentración y de la diferenciación. Esta variable, medida por el número de contactos resulta altamente significativa en el modelo estimado para los años 2002 y 2004. Su efecto principal positivo es consistente con las predicciones de la literatura teórica y con las estimaciones halladas en investigaciones empíricas previas (Gimeno y Woo, 1996; Jans y Rosenbaum, 1996; Fernández y Marín, 1998). Los argumentos sobre la tolerancia mutua, basados en el temor a las represalias y en la familiaridad, explican que en las ciudades en las que las empresas minoristas instaladas tienen más contactos multimercado la intensidad de la rivalidad es menor y los niveles observados en los precios de las marcas líderes son más elevados”. *Vid.*, asimismo, Estudio Competition Commission 2008, epígrafe 8.24, nota a pie 2: “The fact that many of these parties (particularly the four largest grocery retailers) meet in a large number of local markets will increase the likelihood that coordination emerges. Indeed, although they may have different local market positions, the fact that they may be strong in some markets and weak in others makes them less likely to engage in aggressive price reductions in local markets where they would gain, fearing retaliation in other markets. This is not to say that retaliation would necessarily have to occur in individual local markets. As discussed in paragraph 8.30, retaliation could involve aggressive price reductions at all stores. The retailer that has deviated from the coordinated outcome will lose customers at those stores that face rivals that respond with aggressive price reductions. Therefore, the punishment would have greater effect where they meet more often in local markets.”

<sup>336</sup> *Vid.*, una descripción de la progresiva adopción por parte de las empresas distribuidoras españolas de políticas comerciales y de precios de ámbito regional y nacional, *supra* Sección 6.2.1. *Vid.* conclusiones análogas del Estudio Competition Commission 2008, epígrafes 6.64-7.73, resumidas en el “Summary”, p. Estudio Competition Commission, “Summary”, p. 24: “We also concluded that a grocery retailer with a number of stores in highly-concentrated local markets can weaken that part of its retail offer, such as pricing, that it applies uniformly, or near uniformly, across its stores nationally and thereby earn higher profits across all of its stores. The scale of the impact on national price levels arising from weak local competition, while difficult to measure, is potentially very substantial. For example, for each 0.1 per cent increase in national price levels (ie each 1p increase on a £10 shopping basket), consumer expenditure on groceries at the four largest grocery retailers increases by £80 million a year.”

<sup>337</sup> *Vid.*, *infra* Sección 9.2. Los precios de cesión de los proveedores son uniformes para toda España, por lo que las prácticas oligopolistas que aumentan los pagos comerciales, reducen la competencia en los precios de cesión y, por efecto de la normativa de venta a pérdida, aumentan los precios de venta minorista tienen una dimensión nacional.



## 9 La competencia en el aprovisionamiento de bienes de consumo

El mercado de la distribución minorista y el mercado de aprovisionamiento están íntimamente relacionados, de forma que la existencia de poder de mercado en uno de ellos tiende a trasladarse naturalmente al otro<sup>338</sup>. En las siguientes secciones, se estudia el mercado español de aprovisionamiento y se concluye que los miembros del oligopolio de la distribución están ejerciendo su poder de compra en el mercado de aprovisionamiento en perjuicio de la libre competencia y de los consumidores.

### 9.1 Marco de análisis

En la década de los 90, la concentración progresiva en los mercados nacionales de la distribución minorista de bienes de consumo y la consiguiente aparición de un “poder de compra” de la distribución frente a sus proveedores, generó un enorme interés en diversas instituciones relacionadas con la defensa de la competencia. La OCDE había analizado a principios de los 80 este fenómeno entonces incipiente, pero su generalización motivó la celebración de una mesa redonda en 1998 que dio lugar al Estudio OCDE 1999, el primero que definió el poder de compra en términos de dependencia relativa:

“....a retailer is defined to have buyer power if, in relation to at least one supplier, it can credibly threaten to impose a long term opportunity cost (i.e. harmful or withheld benefit) which, were the threat carried out, would be significantly disproportionate to any resulting long term opportunity cost to itself. By disproportionate, we intend a difference in relative rather than absolute opportunity cost, e.g. Retailer A has buyer power over Supplier B if a decision to delist B’s product could cause A’s profit to decline by 0.1 per cent and B’s to decline by 10 per cent.”<sup>339</sup>

En 1999, la Comisión también publicó el Estudio Dobson 1999, preparado por un experto en este campo, el Profesor Dobson<sup>340</sup>. El Estudio Dobson 1999 afirmaba que, en principio, el poder de compra es socialmente beneficioso cuando los menores precios mayoristas se reflejan en menores precios minoristas, fruto de la competencia eficiente en el mercado minorista. Sin embargo, existe la posibilidad de que el poder de compra

<sup>338</sup> Informe Eroski/Caprabo, p. 21: “El mercado de la distribución comercial de bienes de consumo diario, tanto minorista como mayorista, guarda una estrecha interdependencia con los proveedores. La posición que ocupa el distribuidor en el mercado se refleja de forma directa en sus relaciones con las empresas suministradoras y muy particularmente en las condiciones de compra que aquél obtiene de estas últimas”.

<sup>339</sup> Estudio OCDE 1999, borrador de “Background Paper”, párrafo 20, preparado por la Secretaría de la OCDE. La versión definitiva del Background Paper incluida en el Estudio OCDE 1999 recoge el espíritu de esta definición con una terminología diferente, *vid.*, p. 281: “In the Background Paper, which was confined to looking at multi-product retailers, a retailer is defined to have buyer power if in relation to at least one supplier it can credibly threaten to impose a longterm opportunity cost (harm or withheld benefit) which, were the threat carried out, would be significantly disproportionate to any resulting long-term opportunity cost to itself [editor - the version of the background paper included in this publication has been somewhat revised on this point]. Otherwise put, buyer power is defined as situations where there is a fundamental difference in negotiating power between the parties.”

<sup>340</sup> En 1995, la Comisión celebró unas jornadas sobre competencia en las que se abordó, entre otras cuestiones, la dependencia económica y, en particular, el poder de compra de la distribución frente a sus proveedores. Las ponencias presentadas en dichas jornadas fueron recogidas en el libro *Proceedings of the European Competition Forum*, ed. Wiley, New York, 1996.



dañe el bienestar económico (economic welfare) si fuerza a los proveedores a reducir sus inversiones en nuevos productos o en mejoras de los productos existentes, eliminando las marcas secundarias y debilitando las marcas líderes, mientras refuerza las marcas blancas, todo ello aumentando los precios mayoristas aplicados a los distribuidores minoristas de pequeño tamaño. El efecto último sería la aparición de un mercado compuesto de un número reducido de grandes empresas de la distribución verticalmente integradas, que sólo venderían su propia marca blanca, reduciendo así la variedad de la oferta disponible y, posiblemente, aumentando los precios<sup>341</sup>. En términos económicos, el Estudio Dobson 1999 consideraba que el ejercicio del poder de compra y la reducción de los precios mayoristas a niveles infracompetitivos podía reducir el bienestar total (“total welfare”) de la sociedad en la medida en la que reducía el excedente de los proveedores (“producer surplus”) pero no tenía efectos negativos sobre el bienestar de los consumidores finales (“consumer welfare”). Sin embargo, si una empresa disfrutaba de un poder conjunto de compra y de venta (“monopsonist”) podía producirse una asignación ineficiente de recursos en detrimento del bienestar económico tanto de los proveedores como de los consumidores finales<sup>342</sup>. Por otra parte, en un análisis dinámico del bienestar económico, la reducción del excedente de los proveedores podía reducir las inversiones y la innovación, y esa menor eficiencia podía en última instancia transformarse en mayores precios para los consumidores finales.<sup>343</sup>

Con anterioridad al Estudio Dobson 1999, la Comisión había considerado por primera vez la existencia de una posición dominante en el mercado de aprovisionamiento en su Decisión Kesko/Tuko (1996), aunque fue la Decisión Rewe/Meinl (1999) la primera en establecer los principios jurídicos que rigen el análisis del mercado de aprovisionamiento de bienes de consumo diario, inspirados en el Informe provisional que dio lugar al Estudio Dobson 1999. Esta Decisión, en línea con las conclusiones del Estudio Dobson 1999, estableció que el ejercicio por parte de una o varias empresas de su poder de compra de bienes de consumo diario, no tiene por qué ser anticompetitivo ni perjudicial para la economía, si existe competencia efectiva en el mercado de la distribución minorista de esos bienes<sup>344</sup>. Sin embargo, también dejó claro que la estrecha interdependencia entre el mercado minorista de bienes de consumo diario y el mercado de aprovisionamiento, puede generar una espiral de concentración y reducción de competencia en ambos mercados (en términos coloquiales, “efecto bola de nieve”) desde el momento en el que una o varias empresas disfrutan de poder de mercado en

<sup>341</sup> Estudio Dobson 1999, p. 4.

<sup>342</sup> Estudio Dobson 1999, p. 13.

<sup>343</sup> Estudio Dobson 1999, p. 14.

<sup>344</sup> Decisión Rewe/Meinl, párrafo 71: “El ejercicio del poder de compra, que permite obtener condiciones de compra más favorables, no debe considerarse en sí mismo perjudicial para la economía en su conjunto. El poder de compra, máxime cuando el propio lado de la oferta se encuentra sumamente concentrado y los compradores poderosos se enfrentan con una competencia efectiva en su propio mercado de ventas, viéndose por ello obligados a transmitir las ventajas que obtienen a sus propios clientes, puede impedir la obtención de beneficios monopolísticos u oligopolísticos en el lado de la oferta. Ahora bien, cuando el propio comprador poderoso ocupa en su mercado de ventas una posición fuerte y no suficientemente controlada por la competencia, no es de esperar que las ventajas de compra que obtenga se transmitan a los clientes.” Vid., recientemente, Decisión de la Comisión de remisión total de una concentración M.5112, *Rewe/Plus Discount* (“Decisión de reenvío Rewe/Plus Discount”), 3.07.2008, párrafo 49.



cualquier de ellos<sup>345</sup>. En su Decisión Carrefour/Promodès, la Comisión afirmó expresamente que los principios que rigen el análisis competitivo del mercado de aprovisionamiento también son aplicables a mercados oligopolistas (posición dominante colectiva)<sup>346</sup>.

El TDC/CNC y otras autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros han adoptado estos principios en el ámbito del control de concentraciones<sup>347</sup>.

<sup>345</sup> Decisión Rewe/Meinl, párrafos 72-74: “(72) En el comercio al por menor existe una estrecha interdependencia entre el mercado de distribución y el mercado de suministro. Las cuotas de los minoristas en el mercado de distribución determinan los volúmenes de sus compras; cuanto mayores sean aquéllas, mayores serán éstos. Y cuanto mayor sea el volumen de compras, mejores serán en general las condiciones que obtendrá el comerciante de sus proveedores. Estas condiciones favorables de compra pueden a su vez emplearse de diferentes maneras para mejorar posiciones en el mercado de distribución (por ejemplo, mediante el crecimiento interno o externo, pero también mediante estrategias de reducción de precios específicamente dirigidas contra los competidores). Una mejor posición en el mercado de distribución se traduce en una nueva mejora de las condiciones de compra, y así sucesivamente. (73) Esta espiral conduce a una creciente concentración tanto en los mercados de distribución como en los de suministro. A corto plazo, los consumidores finales pueden salir beneficiados del proceso, ya que puede registrarse una fase de intensa competencia (agresiva) en el mercado de distribución, durante el cual el comerciante con gran poder de compra se vea obligado a transmitir sus ventajas de compra a los consumidores. Pero esta situación sólo durará hasta que en el mercado de distribución se llegue a una estructura que provoque una clara reducción de la intensidad competitiva (como, en este caso, una posición dominante). Llegada esta fase, ya no habrá que tener consideración alguna por el consumidor final, pues éste dispondrá de muy pocas alternativas. (74) El poder de compra también brinda a una empresa distribuidora una considerable influencia sobre la elección de los productos comercializados en el mercado y, por tanto, accesibles para los consumidores. Los productos no adquiridos por un comprador que ocupe una posición dominante en el mercado no tienen prácticamente oportunidad alguna de llegar al consumidor final, pues su proveedor carece de mercados alternativos. Así, el comprador que ocupa una posición dominante determina en último término el éxito o fracaso de los productos innovadores.

<sup>346</sup> Decisión Carrefour/Promodès, párrafos 45-46: “Toutefois, cette situation ne durera que jusqu'à ce que se mette en place, sur les marchés de la distribution, une structure entraînant une réduction sensible de l'intensité de la concurrence (c'est-à-dire, dans le cas présent, le risque de la domination du marché par une seule ou plusieurs sociétés). À ce moment-là, le consommateur final n'aurait plus que des possibilités de choix très limitées.”

<sup>347</sup> *Vid.*, por ejemplo, Informe Caprabo/Alcosto, p. 33: “El mercado de la distribución minorista de bienes de consumo diario guarda una estrecha interdependencia con los proveedores. La posición que ocupa el minorista en el mercado de distribución se refleja de forma directa en sus relaciones con las empresas suministradoras y muy particularmente en las condiciones de compra, pudiendo incluso surgir situaciones de dependencia económica o poder de compra”; Informe Eroski/Caprabo, p. 22; y Estudio Competition Commission 2008, pp. 156-157: “9.3 The exercise of buyer power by grocery retailers (and wholesalers or buying groups) may have a detrimental effect on suppliers (for example, through diminishing their profitability). 9.4 In general, the exercise of buyer power by grocery retailers is likely to have positive implications for consumers. Where competition between grocery retailers is effective, retailers will pass on to consumers a substantial portion of the lower prices that they obtain from suppliers through the exercise of buyer power. Grocery retailers’ buyer power may also act as a countervailing force to any market power possessed by suppliers. In addition, the exercise of buyer power can spur innovation in the supply chain. 9.5 The exercise of buyer power by grocery retailers may, however, raise concerns in certain limited circumstances if it allows retailers to impose excessive risks and unexpected costs on suppliers, which reduces suppliers’ incentive or ability to invest and innovate. This could lead to reduced capacity, reduced product quality and fewer new product offerings, and ultimately, to a detriment to consumers.”



## Posición dominante individual

En la Decisión Kesko/Tuko, la Comisión consideró que la entidad fusionada ocuparía una posición dominante en el mercado de aprovisionamiento para la distribución minorista de bienes de consumo diario y en el mercado de aprovisionamiento para el mercado cash & carry mayorista, lo que a su vez reforzaría su posición dominante en los mercados de la distribución minorista y cash & carry mayorista<sup>348</sup>.

La Comisión tuvo en cuenta los siguientes factores: (a) la cuota de la entidad fusionada hubiera ascendido al 55% del mercado de la distribución minorista y al 80% del cash & carry (párrafo 146); (b) un número importante de proveedores hubieran dependido de ella en un porcentaje elevado de sus ventas: 50-75% (párrafo 150); (c) la entidad fusionada podría haber recurrido a proveedores alternativos en prácticamente todas las categorías de producto, mientras que los proveedores no podrían sustituir a la entidad fusionada por otros distribuidores minoristas o establecimientos de cash & carry (párrafo 151); y (d) la entidad fusionada hubiera podido ejercer un mayor poder de negociación frente a los proveedores gracias a las marcas blancas y la información sobre las preferencias y hábitos de compra de sus clientes (párrafo 152).

En la Decisión Rewe/Meinl, la Comisión consideró que la fusión hubiera creado o reforzado una posición dominante de la empresa fusionada en nueve mercados de suministros austriacos (párrafo 88). Para llegar a esta conclusión, la Comisión tuvo en cuenta la estructura de mercado y las ventajas específicas de las partes. En la primera categoría incluyó los siguientes factores: (a) “En los mercados de suministro austríacos, la oferta está mucho menos concentrada que la demanda, sobre todo en el caso de la demanda procedente del comercio de alimentación al por menor” (párrafos 89-93); (b) “El comercio de alimentación al por menor es con diferencia el principal canal de ventas de los proveedores de productos alimenticios” (párrafos 94-97); y, (c) “Antes de la concentración, Rewe/Billa ya tiene las cuotas de mercado más elevadas en los mercados de suministro; tras la concentración, estas cuotas aumentarán considerablemente” (párrafos 98-106). En este caso, la Comisión estimó que las cuotas de aprovisionamiento de la empresa fusionada serían las siguientes:

<sup>348</sup> Decisión Kesko/Tuko, párrafo 153: “For these reasons, and given that the concentration would lead to dominant positions on the retail and cash & carry markets, the Commission is of the opinion that the increased buying power of Kesko would further reinforce the dominant position of Kesko on the retail and cash & carry markets. In particular Kesko would be able to use its buying power to employ different strategies, the long-term effects of which would be to further weaken the position of its competitors.



Grupo de productos	Ø Cuota Rewe/Billa	Ø Cuota Meinl	Ø Cuota Rewe + Meinl
Productos lácteos	[15-25]%	[<10]%	[25-35]%
Panadería y pastelería	[20-30]%	[<10]%	[30-40]%
Bebidas sin alcohol	[20-30]%	[<10]%	[25-35]%
Bebidas calientes	[25-35]%	[<10]%	[25-35]%
Productos Alimenticios de base	[20-30]%	[<10]%	[25-35]%
Alimentos para bebés	[25-35]%	[<5]%	[30-40]%
Alimentos para animales	[25-35]%	[<5]%	[25-35]%
Productos de limpieza	[20-30]%	[<5]%	[25-35]%
Aseo y cosméticos	[25-35]%	[<5]%	[30-40]%

Fuente: Decisión Rewe/Meinl, p. 26.

Por otra parte, los proveedores consultados por la Comisión estimaron que, por término medio, sustituir a un cliente que representa un 22% o más de su cifra de negocios es inviable económicamente. Las propias empresas notificantes alegaron que los proveedores debían ser capaces de soportar reducciones del volumen de negocios próximas al 20%. A la vista de estos datos, la Comisión consideró que la fusión hubiera creado o reforzado una posición dominante en nueve mercados de suministro<sup>349</sup>.

La Comisión, citando los Estudios OCDE 1999 y Dobson 1999, ahondó en la noción de dependencia relativa de los proveedores en relación a la empresa fusionada y otras grandes empresas de la distribución minorista. Esta dependencia relativa, facilitada por el hábito de los consumidores de realizar una compra única (*one stop shopping*) y sustituir, si es preciso, la marca no disponible por otra marca<sup>350</sup>, es más importante a los

<sup>349</sup> Decisión Rewe/Meinl, párrafo 101: “La Comisión preguntó a los productores qué proporción del volumen de negocios con un cliente determinado sólo se podía transferir con dificultad a otros canales de venta. Resultó que, por término medio, el 22% del volumen de negocios es el porcentaje por encima del cual sustituir a un cliente, o sólo puede llevarse a cabo a costa de elevadas pérdidas económicas, o incluso resulta completamente imposible. Las partes alegaron que todo productor que se comporte de forma realista desde un punto de vista económico ha de poder soportar reducciones del volumen de negocios que rondan el 20%. A la vista de las magnitudes indicadas, la Comisión parte de la base de que, en el caso que nos ocupa, y teniendo en cuenta la estructura de suministro en cada mercado de suministro considerado y a la aparición de una posición dominante en el mercado de distribución, la posición de Rewe/Billa/Meinl en los mercados de suministro después de la concentración será tal que o bien dará lugar a una posición dominante o bien fortalecerá una posición dominante ya existente.”

<sup>350</sup> Decisión Rewe/Meinl, párrafo 105: “El grado de dependencia de un comerciante respecto de los productores de artículos de marca depende a su vez de las consecuencias que puede suponerle el hecho de que determinadas marcas no estén a disposición de sus clientes. Un factor importante en este sentido es la reacción de éstos ante la falta de un artículo de marca. Para los clientes, el tiempo que exigen sus compras, precisamente cuando se trata de la compra de alimentos, es un factor determinante. Se prefiere la modalidad “one stop shopping”, es decir, los establecimientos en los que se pueden adquirir todos los productos necesarios. En caso de que en un establecimiento de este tipo el producto de marca que realmente desea el consumidor no esté disponible, hay que evaluar el riesgo de que el cliente (1) prescinda de la compra o la aplace, (2) busque otro establecimiento donde pueda encontrar el producto deseado, pero en lo demás se mantenga fiel a “su” establecimiento, (3) a largo plazo traslade el conjunto de sus compras a otro establecimiento, o (4) compre otra marca distinta de la que deseaba [nota a pie: Véase el documento de referencia de la OCDE “Roundtable on buying power”, 1998, p. 9 y ss]. (106) La



efectos de generación de poder de mercado en el mercado de aprovisionamiento, que las cuotas absolutas del proveedor y del distribuidor respectivamente en los mercados de producción y de la distribución minorista<sup>351</sup>.

Asimismo, la Comisión mencionó las siguientes ventajas específicas de la empresa fusionada: (a) una dirección centralizada (párrafos 107-108); (b) “la posición dominante de Rewe/Billa/Meinl en la región de Austria oriental/Viena refuerza su posición en los mercados austriacos de la demanda” (párrafos 109-110) (c) Rewe/Billa está introduciendo sus marcas propias para reducir aún más su grado de dependencia de los proveedores, que ya de por sí es limitado (párrafos 111-114); y (d) “la posición dominante creada por la concentración en el mercado de distribución reforzará aún más la posición de Rewe/Billa/Meinl en los mercados de suministro” (párrafo 115).

En la Decisión Carrefour/Promodès, la Comisión constató que la entidad fusionada tendría cuotas significativas del mercado de aprovisionamiento francés:

---

respuesta depende, por un lado, de la importancia que para el cliente revista el producto en cuestión y, por otro, de la existencia de fuentes de suministro alternativas. La importancia del producto cuando se trata de alimentos que se compran con frecuencia y con respecto a los cuales la comodidad de la compra, por lo general, prevalece sobre otros factores, como el precio y la calidad, es más bien limitada. Esto es tanto más cierto cuanto que, en su zona de compra, el cliente encuentra casi exclusivamente puntos de venta de la misma empresa comercial. En esta medida, cabe partir de la base de que la retirada de un producto de marca perjudica menos al comerciante al por menor que al productor, especialmente si se tiene en cuenta que el primero dispone de más alternativas que el segundo.”

<sup>351</sup> Decisión Rewe/Meinl: “(102) A este respecto, se ha de tener en cuenta, en primer lugar, que cuando los proveedores pierden a un cliente importante, disponen de escasas alternativas (...). (103) Por el contrario, Rewe/Billa y Meinl no dependen de proveedores concretos. El mayor proveedor del grupo Rewe, el grupo Nestlé, sólo representa, conforme a la notificación, cerca del [...] \*% de su volumen de compras. En el caso de Meinl, su principal proveedor representa cerca del [...] \*% de su volumen de compras. De ello se deriva que los proveedores dependen de Rewe/Billa/Meinl en una medida mucho mayor que viceversa. Dicho sea de paso, esta es la situación habitual de las grandes empresas del comercio de alimentación al por menor [nota a pie: Informe provisional de Dobson Consulting para el estudio “Buyer power and its impact on competition in the food retail distribution sector of the European Union”, p. 27]. La flexibilidad en cuanto al surtido de productos en el comercio minorista es mucho mayor que la flexibilidad de los proveedores en materia de producción y distribución. Por tanto, la renuncia a la compra de un producto en el comercio al por menor es mucho más fácil que la renuncia a la fabricación de un producto por parte de un productor. De este modo se relativizan las cifras sobre las cuotas de mercado.”



Groupe de produits	1.Estimación de la part des parties (notification)	2.Estimación de la part des parties (par les fournisseurs, résultat de l'enquête)	3.Estimation de la part des parties (par les concurrents)
(1) Liquides	(20-30)%	(15-25)%	(20-30)%
(4) Epicerie sèche	(20-30)%	(25-35)%	(20-30)%
(6) Produits périssables en Libre Service	(25-35)%	(25-35)%	(20-20)%
(7) Charcuterie	(5-15)%	(20-30)%	(15-25)%
(8) Poissonnerie	(15-25)%	(20-30)	(25-35)%
(9) Fruits et Légumes	(10-20)%	(15-25%)	(20-30%)
(10) Pain et Pâtisserie fraîche	(<10%)	(15-25)%	<sup>16</sup>
(11) Boucherie	(10-20)%	(5-15)%	(20-30)%
(2) Drogumerie	(30-40)%	(25-35)%	(20-30)%
(3) Parfumerie/hygiène	(15-25)%	(25-35)%	(20-30)%
(5) parapharmacie	-	-	-
(12) Bricolage	(10-20)%	-	-
(13) Maison	(<5)%	-	-
(14) Culture	(<10)%	(15-25)%	-
(15) Jouets/loisir/détente	(5-15)%	(15-25)%	-
(16) Jardin	(5-15)%	(5-15)%	-
(17) Automobile	(<5)%	-	-
(18) Gros Electroménager	(<5)%	-	-
(19) Petit Electroménager	(<10)%	-	-
(20) Photo/Ciné	(<10)%	-	-
(21) Hi-fi/Son	(10-20)%	-	-
(22) TV/Vidéo	(20-30)%	-	-
(23) Textile, chaussures	(<10)%	-	(25-35)%
<b>Total général</b>	<b>(10-20)%</b>	<b>(20-30)%</b>	-

Fuente: Decisión Carrefour/Promodès, p. 14.

La Comisión determinó que para un proveedor, la pérdida de un cliente que representase aproximadamente un 20-22% de sus ventas ponía en peligro la existencia de su empresa (“umbral de viabilidad”)<sup>352</sup>, y constató que la viabilidad de los proveedores dependería de la empresa fusionada en cuatro mercados de aprovisionamiento: droguería, perfumería e higiene, productos perecederos en libre servicio y alimentos envasados (párrafo 53). Asimismo, la entidad fusionada gozaría de ciertas ventajas competitivas: (a) una presencia significativa en todos los formatos de la distribución minorista (párrafos 56-59); (b) un liderazgo en el formato más rentable: el hipermercado (párrafos 60-63); (c) un liderazgo en el ámbito de las tarjetas de fidelidad (párrafos 64-65); (d) una estructura integrada y centralizada (párrafos 66-69); (e) capacidad financiera (párrafos 70-75); (f) sus rivales inmediatos habían creado centrales de compras conjuntas que estaban pendientes de la aprobación de las autoridades de la competencia<sup>353</sup>, por lo que existía un elemento de incertidumbre sobre su capacidad competitiva para hacer frente a la entidad fusionada<sup>354</sup>.

<sup>352</sup> Decisión Carrefour/Promodès, párrafo 52: “Lors de son enquête, la Commission a demandé aux fournisseurs d'indiquer à partir de quel pourcentage de leur chiffre d'affaires ils considéraient que la perte d'un client représenterait une menace pour l'existence même de leur entreprise. La moyenne des réponses obtenues fait apparaître un seuil de 22%. Ce seuil de 22% avait été également retenu dans l'affaire Rewe/Meinl(...). D'une manière générale, les taux mentionnés par les fournisseurs se situent aux alentours de 20-22%. Les données obtenues de l'enquête doivent bien évidemment être nuancées (pour certains groupes de produits, le nombre de réponses obtenues est en effet trop faible pour constituer un échantillon représentatif). A priori, on pourrait en déduire que lorsqu'un distributeur dépasse un tel seuil dans le chiffre d'affaire d'un de ses fournisseurs, ce dernier se retrouve de facto en situation de «dépendance économique». La Comisión lo define como umbral de amenaza (“taux de menace” o “seuil de menace”).

<sup>353</sup> Decisión Carrefour/Promodès, párrafo 76: “Comme déjà mentionné, la présente opération se situe dans le cadre d'une consolidation globale du secteur: les concurrents de la nouvelle entité Leclerc et



La Comisión también analizó someramente el mercado español de aprovisionamiento de bienes de consumo diario, en el que la empresa fusionada alcanzaría una cuota de mercado de 20-30%<sup>355</sup>. La Comisión consideró, con carácter general, que las observaciones hechas en relación al mercado francés eran aplicables al mercado español y fijó el “umbral de viabilidad” en el 20-22% de cuota de mercado, constatando que se alcanzaba en tres mercados de productos (droguería, perecederos en libre servicio y alimentos envasados)<sup>356</sup>. Sin embargo, la Comisión consideró que la empresa fusionada se enfrentaría a competidores de peso, entre los que destacaban las centrales de compras IFA y Euromadi, con cuotas de mercado análogas (20-30%) a las de la empresa fusionada, así como las centrales pertenecientes a las grandes empresas minoristas (Eroski, Auchan y El Corte Inglés)<sup>357</sup>. En suma, la Comisión consideró que la fusión no daría lugar a una posición dominante en vista del grado de concentración “todavía débil” en el mercado minorista y la existencia de competidores de peso en el mercado de aprovisionamiento<sup>358</sup>.

Sin embargo, el TDC concluyó que la empresa fusionada alcanzaría una posición dominante susceptible de restringir la competencia en numerosos mercados locales y estimó, en línea con los principios de análisis del mercado de aprovisionamiento de la propia Comisión, que la posición de la empresa fusionada en el mercado minorista tendría un efecto de “reforzamiento del poder de negociación del grupo resultante”.<sup>359</sup>

En realidad, si la Comisión hubiera tenido en cuenta los efectos de la posición dominante de la empresa fusionada en mercados minoristas regionales y locales sobre su posición en el mercado de aprovisionamiento, probablemente hubiera llegado a otra conclusión, pero no podía hacerlo porque los mercados minoristas regionales y locales estaban siendo analizados en paralelo por las autoridades españolas. Esta incongruencia ha sido subsanada en posteriores asuntos, en los que la Comisión ha remitido el análisis de los mercados de aprovisionamiento y distribución minorista a la autoridad nacional

---

Système U ont créé une centrale commune, Lucie [nota a pie: Ce rapprochement a fait l'objet le 11 mars dernier d'une notification auprès de la Commission au titre de l'article 81. Cette opération est également examinée par le Conseil de la Concurrence français], et les groupes Casino et Cora viennent de regrouper leurs centrales d'achat au sein de la nouvelle entité Opera [nota a pie: Cette opération est également examinée par le Conseil de la Concurrence français]. Ces structures ont toutes deux des parts de marché globales d'environ 15-20% pour les produits de grande consommation.”

<sup>354</sup> Decisión Carrefour/Promodès, párrafo 88: “Notons que le développement d'un tel scénario dépend d'une série de facteurs dont plusieurs ne sont pas encore connus (comme, par exemple, l'issue des contentieux en cours entre Carrefour et les autres actionnaires de Cora, la création ou le renforcement potentiels de nouvelles centrales d'achat ou l'entrée sur le marché français de concurrents étrangers de poids par voie d'acquisition, etc.). Cependant, à ce stade, on ne peut complètement exclure que le nouveau groupe Carrefour puisse obtenir une position dominante unique sur certains marchés de l'approvisionnement.”

<sup>355</sup> Decisión Carrefour/Promodès, párrafo 126.

<sup>356</sup> Decisión carrefour/Promodès, párrafo 127.

<sup>357</sup> Decisión Carrefour/Promodès, párrafo 128.

<sup>358</sup> Decisión Carrefour/Promodès, párrafo 129: “Compte tenu du degré de concentration encore faible du marché espagnol à l'aval et de la présence de concurrents importants sur les marchés de l'approvisionnement, l'opération n'est pas de nature à soulever des doutes sérieux quant à la création ou au renforcement d'une position dominante sur les marchés amonts.”

<sup>359</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 62.



de la competencia. De esta forma, una sola autoridad puede apreciar de manera uniforme la interacción existente entre los mercados de aprovisionamiento y los mercados de distribución minorista<sup>360</sup>.

### El oligopsonio como posición dominante colectiva

La Comisión analizó por primera vez la posible existencia de una posición dominante colectiva en la Decisión Carrefour/Promodès. Tras la fusión, el mercado francés de aprovisionamiento de la distribución minorista quedaba repartido mayoritariamente (> 60-70%) entre la empresa fusionada y las centrales de compras Lucie y Opera (párrafo 98)<sup>361</sup>. Sin embargo, la Comisión consideró que no concurrían las condiciones necesarias para la existencia de una posición dominante colectiva en razón de (a) la estructura y funcionamiento diferentes de las tres centrales de compras líderes; (b) la ausencia de vínculos estructurales entre los distribuidores; (c) la diferente evolución de las cuotas de mercado en los años anteriores; (d) el crecimiento del mercado de aprovisionamiento; (e) la heterogeneidad de los productos afectados; y (f) la falta de transparencia de los mercados de aprovisionamiento, a pesar de los efectos uniformizadores de la legislación que prohíbe la venta a pérdida (párrafo 99). En relación a esta última cuestión, la Comisión constató que la prohibición de venta a precio inferior al de factura había producido una uniformización de los precios y descuentos incluídos en la factura y una proliferación de pagos por otros servicios comerciales, práctica que podía indicar una situación de dependencia económica de los proveedores hacia los distribuidores<sup>362</sup>. Asimismo, si bien se había generado mucha transparencia en relación a los precios y descuentos, no parecía ocurrir lo mismo en relación a los servicios comerciales<sup>363</sup>. En todo caso, la Comisión no excluyó que en el futuro, a medida que el mercado fuera concentrándose aun más, aumentara la

<sup>360</sup> Decisión de reenvío Rewe/Plus Discount, párrafo 53: “For efficiency reasons and in order not to split the current transaction, the Commission considers that the case should be referred in its entirety, including all retail and procurement markets. Indeed, an assessment of the procurement markets without the assessment of the retail markets does not appear appropriate.”

<sup>361</sup> Lucie y Opera alcanzaban una cuota del mercado de aprovisionamiento del 15-20% cada una, Decisión Carrefour/Promodès, párrafo 76.

<sup>362</sup> Decisión Carrefour/Promodès, párrafo 102: “Ainsi, en imposant de calculer le seuil de revente à perte à partir du prix unitaire sur facture et en interdisant aux distributeurs de déduire les marges dites «arrière» qui rémunèrent les services, la négociation entre les distributeurs et les fournisseurs s'est, dans une large mesure, déplacée des «marges avant» vers les «marges arrière», c'est-à-dire vers la coopération commerciale qui est le budget payé par l'industriel au distributeur pour la rémunération de services tels que la présence de son produit dans un prospectus publicitaire, la mise en avant de ses produits dans les linéaires ou en tête de gondole etc. [nota a pie omitida]. En principe, distributeurs et fournisseurs devraient rechercher à coordonner leurs stratégies respectives afin d'optimiser le budget de coopération commerciale. Cependant, le développement des marges arrière peut également masquer des situations de dépendance du fournisseur par rapport au distributeur.”

<sup>363</sup> Decisión Carrefour/Promodès, párrafo 103: “Il apparaît en définitive qu'en dépit d'une relative uniformisation des marges avant, il n'existe, du moins pour le moment, aucune transparence ou échange d'informations concernant les marges arrière, conditions vers lesquelles le jeu concurrentiel s'est largement déplacé. Bien au contraire, il ne semble y avoir, pour les distributeurs, aucun intérêt à dévoiler à leurs concurrents les marges arrière qu'ils obtiennent auprès des fournisseurs, les marges arrière servant, entre autres, à développer les positions à l'aval.”



transparencia de las condiciones de negociación entre proveedores y los principales distribuidores, generando así una posición dominante colectiva<sup>364</sup>.

En relación a la posible existencia de una posición dominante colectiva en el mercado español de aprovisionamiento, la Comisión constató que las tres principales empresas del sector tendrían una cuota de mercado superior a un 55-65%, sin embargo, se remitió a las consideraciones hechas en relación al mercado francés de aprovisionamiento<sup>365</sup>.

## 9.2 Posición dominante colectiva en el mercado español

Esta Sección analiza las condiciones que pueden dar lugar a comportamientos oligopsonistas en el mercado de aprovisionamiento: concentración del mercado de aprovisionamiento, transparencia, capacidad disuasoria y ausencia de reacciones competitivas externas. Lógicamente, las condiciones oligopolistas del mercado de la distribución minorista tienen también una especial relevancia en el análisis del mercado de aprovisionamiento (y a la inversa).

Las tres empresas líderes de la distribución minorista, Carrefour, Mercadona y Eroski, constituyen asimismo un oligopsonio frente a sus proveedores equivalente a una posición dominante colectiva.

### 9.2.1 Concentración

La Comisión ha admitido la dificultad que entraña medir las cuotas de las empresas en el mercado de aprovisionamiento de bienes de consumo diario<sup>366</sup>. Sin embargo, con carácter general puede afirmarse que (1) el aumento de la concentración en el mercado de la distribución minorista ha traído consigo un aumento de la concentración en el mercado de aprovisionamiento; y (2) la existencia de centrales de compras horizontales (IFA y Euromadi) aumenta aun más la concentración en relación al mercado de la distribución minorista.

En el Informe Caprabo/Alcosto, el TDC apreció las siguientes características estructurales del mercado español de aprovisionamiento:

<sup>364</sup> Decisión Carrefour/Promodès, párrafo 104: “Néanmoins, la réalisation de la présente opération pourrait, dans le futur, donner lieu à d'autres rapprochements (alliances ou concentrations) dans le secteur et ce mouvement pourrait, dans certaines conditions et même compte tenu des particularités du secteur, conduire, à terme, à une situation de dominance collective. Cela résulte, en particulier, des conditions dans lesquelles, d'ores et déjà, sont conduites les négociations périodiques entre fournisseurs, en particulier les plus dépendants, et distributeurs : les premiers ne sont en position de demander des adaptations de conditions d'achat que pour autant qu'ils peuvent, sur base de l'évolution de leurs coûts (les rémunérations versées aux distributeurs au titre des marges arrières constituant une partie de ces coûts), en justifier le bien-fondé. Il en résulte, inévitablement, que chaque distributeur acquiert peu à peu une connaissance des coûts supportés par ses fournisseurs. Dans la mesure où le nombre de distributeurs serait encore réduit significativement, l'on pourrait craindre que, chacun d'eux disposant de la même information sur les mêmes fournisseurs, les conditions d'achat n'en viennent à s'uniformiser. L'évolution de ces éléments fera l'objet d'une attention particulière de la Commission dans l'examen des éventuels rapprochements à venir.”

<sup>365</sup> Decisión Carrefour/Promodès, párrafos 131-132.

<sup>366</sup> Decisión Carrefour/Promodès, párrafo 47.



- “a) El comercio minorista representa generalmente una cuota igual o superior al 50% del mercado de aprovisionamiento. En España alcanza el 70%.
- b) De acuerdo con estudios sobre el sector en España, los mayores minoristas alimentarios no forman parte de centrales de compra horizontales, sino que utilizan su propio poder de compra frente a los oferentes (centrales de compra verticales). Aquéllos representan entre el 10% y el 20% de las ventas de las grandes empresas manufactureras y más del 25% de las pequeñas y medianas empresas.
- c) En la última década ha crecido la importancia y el número de las centrales de compra que incluyen a minoristas pequeños e independientes con el fin de obtener economías en las compras a proveedores y competir así más eficazmente con las grandes cadenas. Euromadi e IFA son las principales centrales de compra con aproximadamente el 20% del mercado cada una.”<sup>367</sup>

Según la estimación del TDC, las dos centrales horizontales alcanzaban una cuota conjunta, en términos de facturación, del 38,42%, mientras el 61,58% se repartía entre las centrales de compras integradas verticalmente<sup>368</sup>. Sin embargo, la adquisición de pequeñas empresas por parte de las grandes empresas de la distribución minorista ha debilitado las centrales de compras IFA y Euromadi. En la concentración Miquel Alimentació/Puntocash, las estimaciones del TDC revelaron que la cuota conjunta, en términos de facturación, de ambas centrales de compras había pasado de un 38,42% a un 29,59%, un descenso de un 25% en el corto espacio de tiempo transcurrido desde la concentración Caprabo/Alcosto<sup>369</sup>.

En otros Informes de concentraciones, tanto el SDC como el TDC han estimado las cuotas del mercado de aprovisionamiento en términos de superficie de ventas. En su Informe sobre la concentración Consum/Dinosol, el SDC estimó que las centrales IFA y Euromadi tenían una cuota de mercado, en términos de superficie de ventas, del 20,4% y el 17,8% respectivamente; mientras que los grandes grupos de la distribución comercial minorista integrados verticalmente como Carrefour, El Corte Inglés, Auchan o Mercadona, tenían una cuota conjunta del 51,7% del mercado; y la central de compras del grupo Eroski llegaba al 10,1% del mercado<sup>370</sup>. En la concentración Eroski/Caprabo, el Informe del SDC desveló que Caprabo representaba “el 23,8% de la superficie de venta de los asociados a IFA y aproximadamente un 19% de sus compras totales” y su compra por Eroski elevaría la cuota de esta empresa al 14,5% en términos de superficie<sup>371</sup>.

En suma, actualmente las centrales de compras integradas verticalmente parecen haber adquirido una mayor preponderancia que las centrales de compras IFA y Euromadi, debido al crecimiento orgánico de las grandes empresas de la distribución y su adquisición de empresas integradas en ambas centrales de compras horizontales. Asimismo, debe tenerse en cuenta que los grandes grupos de la distribución con mayor

<sup>367</sup> Informe Caprabo/Alcosto, p. 56.

<sup>368</sup> Informe Caprabo/Alcosto, p. 57

<sup>369</sup> Informe Miquel Alimentació/Puntocash, p. 49.

<sup>370</sup> Informe del SDC N-07001 Consum / Dinosol (activos)

<sup>371</sup> Informe del SDC N-07060 Eroski /Caprabo, 25 de julio de 2007.



presencia relativa en el formato de grandes superficies (por ejemplo, Carrefour, Mercadona y Eroski) tienen una mayor cuota de ventas que sus competidores más pequeños<sup>372</sup>.

Si se extrapolan las cuotas de facturación de Carrefour, Mercadona y Eroski en el mercado minorista al mercado de aprovisionamiento, puede concluirse que cada una de ellas alcanza o se aproxima al “umbral de viabilidad” (20% de las ventas) que la Comisión asocia a la imposibilidad económica de sustitución de un distribuidor<sup>373</sup>. En todo caso, si bien el “umbral de viabilidad” (riesgo para la propia existencia del proveedor) identificado por la Comisión se integra sobradamente en el concepto de independencia de comportamiento asociado a la posición dominante, una dificultad significativa de sustitución (perjuicio económico sustancial), sin llegar a la imposibilidad manifiesta, podría asimismo indicar una posición dominante en el mercado de aprovisionamiento. De hecho, en la Decisión Rewe/Meinl, la Comisión constató que existía una dificultad económica para la sustitución de un distribuidor desde el momento en que éste concentraba un 5-10% de las ventas de un proveedor (“umbral de dificultad”):

“Por estos motivos, y habida cuenta de la gran proporción que representa en el mercado austriaco el comercio de alimentación al por menor sobre las ventas de los grupos de productos señalados, cabe deducir que, por lo general, al productor le resulta difícil subsanar la pérdida de un cliente del comercio de alimentación al por menor. Los productores consultados indicaron que en este canal de ventas sólo la sustitución de clientes pequeños (con menos de un 5% de cuota de mercado como promedio) no plantea problemas. Incluso los clientes cuya cuota de mercado oscila entre el 5% y el 10% son difíciles de sustituir, según estos datos. Normalmente, el cambio hacia otros canales de ventas suele fracasar por las dificultades señaladas. A ello se añade que, especialmente los productores de mayor dimensión - tanto internacionales como austriacos-, ya han alcanzado en general un volumen amplísimo de distribución a través de todos los canales de ventas y, en particular, están representados en todos los grandes establecimientos del comercio de alimentación al por menor. Esto muestra claramente que, en Austria, las posibilidades de los productores de desviarse hacia otros tipos de compradores son muy inferiores a las que tienen los compradores de recurrir a otros productores.”<sup>374</sup>

Si el mercado de la distribución minorista presenta características oligopolistas, la interdependencia que desemboca en conductas paralelas en el mercado de aprovisionamiento puede nacer a partir de cuotas de mercado inferiores al “umbral de viabilidad” del 20% y más próximas al “umbral de dificultad” (10% aproximadamente). En el Estudio OCDE 1999, la autoridad de la competencia francesa dejó entrever esta posibilidad en mercados de producto concentrados en los que el tamaño de los

<sup>372</sup> *Vid., supra* Sección 8.2.1.1.

<sup>373</sup> *Vid., supra* diferentes estimaciones de cuotas de mercado en Sección 8.2.1.3.1 y conclusiones generales en Sección 8.5. Asimismo, dado que no existe una uniformidad en el volumen de compras entre categorías de productos, cabe esperar que estas cuotas de mercado sean superiores en ciertas categorías.

<sup>374</sup> Decisión Rewe/Meinl, párrafo 97.



proveedores les hace más dependientes de sus distribuidores<sup>375</sup> y la Decisión Carrefour/Promodès la aceptó expresamente en el plano teórico<sup>376</sup> y en su análisis de posición dominante colectiva en el mercado de aprovisionamiento francés<sup>377</sup>. En la misma línea, el Estudio Competition Commission 2000, después de detalladas investigaciones empíricas, consideró que las grandes empresas de la distribución que sobrepasaban el 8% de cuota del mercado de aprovisionamiento disfrutaban de una posición dominante colectiva y consideró que un buen número de sus prácticas anticompetitivas en relación a los proveedores eran propias de un “monopolio complejo” (oligopolio colusivo)<sup>378</sup>.

### 9.2.2 Transparencia

La transparencia del mercado de la distribución minorista tiene fiel reflejo en el mercado de aprovisionamiento. Todas las empresas de la distribución minorista venden las principales marcas de fabricante en cada categoría de producto (primera marca, segunda marca y así sucesivamente según el valor que la empresa atribuya a la variedad de oferta). Por lo tanto, prácticamente todos los bienes de consumo diario de marca (alimentos y bebidas envasados, higiene personal, droguería y perfumería, etc.) que vende la distribución minorista, son idénticos (homogeneidad absoluta). En relación a las marcas blancas, también existe una homogeneidad sustancial, asociada a las

<sup>375</sup> Estudio OCDE 1999, Documento presentado por Francia, p. 166 : “Actuellement, sept réseaux réalisent approximativement 85 pour cent du chiffre d'affaires de la grande distribution en France, le plus gros étant de l'ordre de 15 pour cent. Dans quelques années, ces sept réseaux pourraient n'en constituer plus que cinq, le plus gros étant alors de l'ordre de 20 pour cent. Une telle situation est caractéristique d'un oligopole. Du côté de l'aval, c'est-à-dire des marchés de détail, un oligopole à cinq participants ne pose pas de problème spécifique. Cependant, les marchés pertinents sont de dimension locale, et il se peut donc que certaines zones de chalandise présentent une concentration bien supérieure à la concentration nationale. Il convient donc d'examiner ces zones une par une, en considérant les différentes formes de distribution, afin de s'assurer que les consommateurs gardent toujours un choix suffisant pour être capables de faire jouer la concurrence entre distributeurs. Cette analyse est classique, et elle n'est pas spécifique aux questions de distribution. Nous nous intéresserons donc plutôt à l'amont. Du côté de l'amont, c'est-à-dire des marchés de gros, l'analyse précédente ne peut être transposée telle quelle. En effet, si le problème de l'acheteur est résolu dès qu'il trouve un vendeur de substitution, il n'en est pas de même pour le vendeur. Les fournisseurs ne peuvent en général se contenter d'être présents chez un ou deux grands distributeurs. L'expérience montre qu'il leur faut vendre à tous, ou presque tous, les distributeurs s'ils veulent rentabiliser correctement leurs investissements.” (subrayado del TVDC)

<sup>376</sup> Decisión Carrefour/Promodès, nota a pie 19, p. 15: “On pourrait cependant a priori penser que plus la structure de l'offre est concentrée dans un groupe de produit donné, c'est-à-dire, plus les fournisseurs sont importants, plus le taux de « menace » est faible car le chiffre d'affaires éventuellement perdu auprès d'un client que le fournisseur devra chercher à écouter auprès d'autres clients ou canaux sera élevé d'où une tâche plus difficile. (subrayado del TVDC)

<sup>377</sup> Las cuotas de mercado de las dos empresas analizadas, junto a Carrefour, bajo el concepto de posición dominante colectiva (las centrales Lucie y Opera), estaban en el 15-20%, Decisión Carrefour/Promodès, párrafo 76.

<sup>378</sup> Estudio Competition Commission 2000, Conclusions, p. 6: “1.10. We conclude that five multiples (the major buyers—Asda, Safeway, Sainsbury, Somerfield and Tesco), each having at least an 8 per cent share of grocery purchases for resale from their stores, have sufficient buyer power that 30 of the practices identified, when carried out by any of these companies, adversely affect the competitiveness of some of their suppliers and distort competition in the supplier market—and in some cases in the retail market—for the supply of groceries. We find that these practices give rise to a second complex monopoly situation.”



características, calidades y precios del producto (marca blanca de bajo precio, marca blanca de calidad “premium”, etc.)<sup>379</sup>.

La Decisión Carrefour/Promodès hizo referencia a la transparencia de precios en los mercados de aprovisionamiento francés y español, si bien consideró que no existía suficiente transparencia en relación a las condiciones comerciales<sup>380</sup>.

La Comisión no reparó en que la existencia de pagos comerciales que atenuaban la competencia en precios era la mejor evidencia de la estructura oligopolista tanto del mercado de la distribución minorista como del mercado de aprovisionamiento. Si el mercado de la distribución minorista se caracterizase por una competencia perfecta o simplemente efectiva, las empresas deberían competir intensamente en la negociación de los precios más bajos en el mercado de aprovisionamiento. Sin embargo, una vez que las empresas de la distribución minorista han asumido su mutua dependencia y las ventajas asociadas a una menor competencia en precios, la estrategia oligopolista por excelencia es la reducción de la competencia en la negociación de precios con los proveedores (trasladándola en su caso a las condiciones comerciales), ya que el precio de compra se transforma legalmente (normativa de venta a pérdida) en el precio mínimo común para todos los competidores en el mercado de la distribución minorista.

En suma, un comportamiento oligopolista orientado a la reducción de la competencia en la negociación de precios con los proveedores y la exclusión de la marca del fabricante en beneficio de la marca blanca propia es factible aun en ausencia de una transparencia absoluta de los pagos y condiciones comerciales<sup>381</sup>. Las empresas oligopolistas sólo tienen que controlar el precio de cesión (precio de compra) para verificar que ninguna de ellas está compitiendo excesivamente en este apartado, lo que es sencillo de hacer gracias a la transparencia de los precios de venta en el mercado de la distribución minorista y los precios de cesión en el mercado de aprovisionamiento (por ejemplo, listas de precios de los proveedores).

### 9.2.3 Capacidad disuasoria ante comportamientos competitivos internos

Los tribunales europeos han aceptado que el ejercicio de acciones de represalia frente a comportamientos competitivos prueba la capacidad disuasoria de los miembros del oligopolio e, implícitamente, la transparencia del mercado (las acciones de represalia no serían posible sin una transparencia previa que permita la identificación de comportamientos competitivos dentro del oligopolio)<sup>382</sup>. Las acciones de represalia deben implicar una competencia intensa que haga recapacitar a los competidores sobre la conveniencia de mantener precios de aprovisionamiento elevados. Estos episodios de

<sup>379</sup> *Vid., supra* Sección 8.2.2.

<sup>380</sup> *Vid.*, Decisión Carrefour/Promodès, párrafo 106 (mercado francés) y párrafos 131-132 (mercado español).

<sup>381</sup> En todo caso, también existe cierta transparencia en relación a los pagos y condiciones comerciales por el grado intenso de interacción entre proveedores y distribuidores. Por ejemplo, la media de los plazos de pago de las principales empresas de la distribución es de dominio público, *vid.*, “¿Alguien paga en plazo? El sector de la alimentación denuncia retrasos de 40 días”, Cotizalia, 27.11.2008.

<sup>382</sup> *Vid., supra* Sección 7.1.



competencia intensa pueden desarrollarse en el mercado minorista, ajustando el precio de venta al precio de compra y produciendo de esta forma una transparencia sobre los precios de compra que posibilitan trasladar las represalias al mercado de aprovisionamiento, en una sucesión de negociaciones de precios a la baja<sup>383</sup>. Asimismo, una guerra de precios de venta puede incidir sobre los precios de compra, afectando también los ingresos del proveedor. Si negocia una reducción de precios con una empresa y ésta traslada esta reducción a sus precios minoristas, encenderá una alarma automática en sus competidores, que procederán a igualar sus precios. Si el precio de venta fijado por la empresa “free rider” es inferior al precio de compra de los competidores que disfrutan de poder de compra en el mercado de aprovisionamiento, éstos obligarán automáticamente al proveedor a ofrecerles los mismos precios ventajosos ofrecidos al “free rider”. En este caso, la represalia no sólo la sufre el competidor (en forma de guerra de precios minoristas de suma cero), también el proveedor que debe financiar la guerra de precios entre las empresas de la distribución. Por lo tanto, los proveedores son los primeros interesados en uniformizar los precios ofrecidos a las grandes empresas de la distribución en el nivel más elevado posible.

Las presiones de los distribuidores para que uniformicen sus condiciones comerciales a los principales distribuidores pueden observarse, implícitamente, en la estrategia de precios bajos de Carrefour, y expresamente en las represalias de los principales distribuidores minoristas de diferentes países contra los proveedores que ofrecen condiciones más ventajosas a otros competidores. Estas presiones ilustran perfectamente la dinámica oligopolista en el mercado de aprovisionamiento, íntimamente ligada al oligopolio de precios en el mercado minorista.

La utilización de la cláusula de “cliente más favorecido” por parte de Carrefour, perfecciona la transparencia del mercado minorista porque transforma al propio consumidor en informante de los precios más bajos de la competencia<sup>384</sup>. Una vez informado de la existencia de precios más bajos en algún establecimiento de la competencia, Carrefour procede a igualar sus precios con los de la competencia o incluso mejorarlos tantas veces como sea necesario, en un juego de suma cero o negativa hasta que todos los competidores lleguen a la conclusión de que es más beneficioso reducir la competencia en precios y, en su caso, trasladarla a otros parámetros (localización, etc.). Esta estrategia le permite conocer que su competidor Eroski se beneficia de un precio de compra más bajo de un producto determinado (Pepsi de 2 litros) y, dado su cuota del mercado de aprovisionamiento y consiguiente poder de compra, puede dirigirse al proveedor para reclamar las mismas condiciones ofrecidas a Eroski.

En el caso de Eroski, el descubrimiento, una vez adquirida la empresa Caprabo, de que los proveedores comunes ofrecían a esta última mejores condiciones que a la propia Eroski, llevan a esta empresa a exigir a sus proveedores comunes una adecuación de los

<sup>383</sup>

*Vid., supra* Sección 8.2.3.

<sup>384</sup>

*Vid., supra* Sección 8.2.3.



precios de compra a los ofrecidos a Caprabo y compensaciones dinerarias con efecto retroactivo<sup>385</sup>.

De forma análoga, el principal minorista australiano, Safeway, fue sancionado por la ACCC por cesar sus relaciones comerciales (“desreferenciar”) con las panificadoras que ofrecían mejores precios a sus competidores<sup>386</sup>. Asimismo, el Estudio Competition Commission 2008 detectó que un responsable de un establecimiento Tesco había amenazado con desreferenciar un proveedor si ofrecía mejores precios a un competidor local<sup>387</sup>.

En suma, la capacidad disuasoria de las grandes empresas en el mercado minorista es aún mayor dado su poder de compra sobre los proveedores. En el momento en el que una empresa con poder de compra detecta que el precio minorista de la competencia es inferior a su precio de compra, puede dirigirse al proveedor para obligarle a (1) ofrecer una reducción del precio de compra que permita igualar o mejorar el precio minorista de la competencia o (2) anular la ventaja competitiva ofrecida a su competidor.

#### 9.2.4 Ausencia de reacción competitiva externa

El análisis del mercado de aprovisionamiento español demuestra fehacientemente que los demás competidores no ejercen presión competitiva suficiente sobre el oligopolio y que los proveedores y consumidores no tienen capacidad para contrarrestar las conductas colusivas dentro del oligopolio.

La aspiración de los restantes competidores es replicar el comportamiento colusivo del oligopolio para obtener ganancias económicas (pagos comerciales, moratoria en los pagos, etc.) sin necesidad de competir intensamente en el mercado minorista. Si intentan obtener precios de cesión más bajos para mejorar su posición competitiva en el mercado de la distribución minorista, se enfrentarán a una intensa competencia de precios del oligopolio en dicho mercado fruto de la transparencia del mercado.

Los proveedores, al menos en una etapa inicial, se benefician de la conducta colusiva del oligopolio, obteniendo un precio de cesión mayor que puede servir de referencia para el resto de la distribución y, consecuentemente, para mantener precios de venta supracompetitivos. Posteriormente, cuando las marcas blancas se han posicionado como el competidor principal de muchas marcas, el proveedor no tiene poder de mercado suficiente para rechazar las condiciones comerciales exigidas por el distribuidor y reconducirlas a precios de cesión más competitivos.

Los consumidores, confrontados con un precio de venta superior de un producto o incluso con su total ausencia del establecimiento, prefieren adaptar su cesta de la

<sup>385</sup> *Vid., infra* Sección 9.3.2, en particular, “Eroski ajusta cuentas a los proveedores”, El País, 23 de marzo de 2008: “Aunque cada caso es diferente, según se desprende de los datos comunicados por un centenar de empresas, más del 90% de los encuestados señalan que se les han exigido penalizaciones por supuestas diferencias en las condiciones de compra entre Eroski y Caprabo. En el 58%, los industriales señalan que se les pide con efecto retroactivo desde 2006”.

<sup>386</sup> *Ídem.*

<sup>387</sup> *Íd.*



compra (por ejemplo, sustituyendo el producto más caro o desreferenciado por la marca blanca del distribuidor) sin renunciar a comprar en dicho establecimiento<sup>388</sup>.

Frente a la evidencia de la fidelidad del consumidor al establecimiento aun en ausencia de algún producto concreto, se ha defendido por parte de algunas empresas de la distribución que existen marcas con una imagen y un atractivo entre los consumidores que les convierte en imprescindibles para la distribución (“*must stock*”). Sin embargo, estos productos constituyen un número reducido del conjunto de bienes de consumo diario que pueden ser adquiridos en otra compra de conveniencia o complementaria en un establecimiento diferente. En todo caso, las prácticas de la distribución no contribuyen a disminuir el precio de estos productos, a lo sumo, se produce una doble monopolización fruto del poder de mercado del fabricante y de la distribución. Por ello, los remedios propuestos en este Estudio son también eficaces para reducir el riesgo de doble monopolización.

### 9.3 Colusión tácita en precios y exclusión de otros proveedores/distribuidores

Lógicamente, la existencia de una posición dominante colectiva no implica ninguna infracción de la normativa de competencia. Sólo las conductas que restringen la competencia y perjudican el bienestar de los consumidores constituyen abusos sancionables.

Sin embargo, una vez que las empresas de la distribución minorista han asumido su mutua dependencia y las ventajas asociadas a una menor competencia en precios, la estrategia oligopolista por excelencia en el mercado de aprovisionamiento parece ser la reducción de la competencia en la negociación de precios con los proveedores, la generación de rentas cuasimonopolistas a través de la imposición de pagos y condiciones comerciales y, de manera gradual, la monopolización de su lineal por su propia marca blanca. Esta estrategia colusiva produce un doble perjuicio en el bienestar de los consumidores. El primer efecto anticompetitivo se derivaría de la reducción de la competencia en los precios de compra, facilitada por el incremento de los pagos comerciales (“efecto colusivo”). El segundo efecto anticompetitivo se originaría por la

<sup>388</sup> El estudio “¿Cómo compramos? – la otra cara del consumidor”, Information resources Inc. (IRI), 2003, concluye que, confrontados con una ausencia del lineal de la marca elegida, un 70% de los consumidores cambia de marca de producto en lugar de renunciar a la compra del producto. Vid., conclusiones análogas del Estudio ACCC 2008, pp. 355-356: “There are a number of characteristics of consumer shopping behaviour and habits that are likely to limit the extent to which consumers will switch stores in response to the unavailability of their preferred brand. In particular, consumers who are time-poor and have a strong preference for one-stop convenience shopping are less likely to shop around if their preferred brand is unavailable. The supplier will be worse off in all cases of consumer switching in response to the non-availability of its product except where the consumer switches stores to buy the product elsewhere. If the consumer does not buy any product at all then the supermarket will lose the value of the lost sale but retain the remainder of the value of the consumer’s shopping basket, so its loss will be relatively small. The impact on the retailers will be ambiguous if the consumer switches to another brand, which may have higher or lower margins than the unavailable product. On the other hand, if the consumer switches stores, the supermarket will potentially lose the consumer’s entire shopping basket. The ACCC considers that consumer behaviour will provide at best a weak constraint on the abuse of any buyer power.”



exclusión de competidores tanto en el mercado de fabricante como en el de distribución (“efecto exclusionario”).

Los Estudios FTC 2001 y 2003 abordaron estos efectos anticompetitivos desde una perspectiva de proveedor con poder de mercado interesado en fijar los precios de reventa de sus productos en niveles altos y excluir a otros proveedores rivales<sup>389</sup>. Desde esta óptica, los proveedores pueden recurrir a los pagos comerciales para reducir la competencia en los precios de cesión, facilitando asimismo un incremento homogéneo de los precios minoristas en perjuicio de los consumidores<sup>390</sup>. Asimismo, los pagos comerciales incrementan las barreras económicas de entrada y la consiguiente exclusión de los proveedores financieramente menos fuertes<sup>391</sup>. La capacidad del proveedor con poder de mercado de aumentar los costes de entrada puede facilitar una menor competencia en su mercado y desembocar en mayores precios para los consumidores<sup>392</sup>. El Estudio Dobson 1999 y el Estudio Competition Commission 2000 y 2008 han demostrado que los distribuidores con poder de mercado individual o colectivo (oligopolio), tienen los mismos incentivos para llevar a cabo estas conductas colusorias con los proveedores con una particularidad: gradualmente pueden llegar a excluir a los proveedores y sustituirlos por sus marcas blancas.

Las conductas que producen efectos anticompetitivos siguen una secuencia de reducción progresiva de la competencia en el mercado de aprovisionamiento y distribución que se retroalimenta virtuosamente. La reducción de la competencia en precios mediante el incremento de los pagos comerciales permite a la distribución oligopolista aumentar su poder de mercado (“efecto bola de nieve”). El aumento de los pagos comerciales produce una reducción de la competencia en el mercado del producto al incrementar las barreras económicas de entrada. Si bien este efecto puede beneficiar en principio a los proveedores financieramente más fuertes, el papel preponderante de la marca blanca convierte la posibilidad de exclusión definitiva de todos los proveedores independientes en una amenaza real, por lo que el “efecto bola de nieve” lleva aparejado un efecto excluyente de los proveedores de menor tamaño y en última instancia de todos los proveedores (salvo aquéllos que gocen de un blindaje especial en forma de propiedad industrial, etc.). El efecto exclusionario es equivalente, en términos económicos, a una muerte por ahogamiento: el proveedor debe aumentar los pagos comerciales para ser competitivo ante la distribución pero la necesidad de financiar esos pagos comerciales con precios de cesión mayores le hace perder competitividad frente a la marca blanca de la distribución hasta desaparecer. En suma, para el proveedor independiente es una

<sup>389</sup> Esta presentación de la teoría de los efectos anticompetitivos de los pagos comerciales se basa en el Estudio “Slotting Allowances in the Retail Grocery Industry: Selected Case Studies in Five Product Categories”, an FTC Staff Study, November 2003 (“Estudio FTC 2003”), pp. 3-4.

<sup>390</sup> *Vid.*, Shaffer, “Slotting Allowances and Resale Price Maintenance: A Comparison of Facilitating Practices,” RAND Journal of Economics 22, 1991, pp. 120-135.

<sup>391</sup> El Estudio “Report on the Federal Trade Commission Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grocery Industry”, February 2001, Report by FTC Staff, pp. 34-41, analiza exhaustivamente el efecto exclusionario.

<sup>392</sup> *Vid.*, Shaffer, “Slotting Allowances and Optimal Product Variety,” Volume 5 [2005] Issue 1, Economic Analysis and Policy, Berkeley Economic Journals; y Krattenmaker & Salop, Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals’ Costs To Achieve Power Over Price, 96 Yale L.J. 209, 1986..



muerte económica más lenta pero no menos dolorosa, porque él ha contribuido a financiar la marca blanca del distribuidor.

## EFFECTO BOLA DE NIEVE

### Secuencia X: Oligopsonio de la gran distribución minorista

- (1) Exigencia de pagos y condiciones comerciales
- (2) Aumento de los precios de cesión por efecto (1)
- (3) Aumento de los precios minoristas por efecto (2)
- (4) Disminución de la competencia minorista por efecto (3)
- (5) Aumento de la concentración minorista por efectos (1) y (4)

### Secuencia X+1: Colusión tácita del oligopsonio

- (6) Aumento de los pagos y condiciones comerciales por efecto (5)
- (7) Aumento de los precios de cesión por efecto (6)
- (8) Aumento de los precios minoristas por efecto (7)
- (9) Disminución de la competencia minorista por efecto (8)
- (10) Aumento de la concentración minorista por efecto (5) y (9)

### Secuencia X+2: Debilitamiento de la competencia en el mercado del fabricante

- (11) Aumento de los pagos comerciales y condiciones comerciales por efecto (10)
- (12) Exclusión de proveedores económicamente más débiles por efecto (11)
- (13) Aumento de los precios de cesión por efectos (11) y (12)
- (14) Aumento de los precios minoristas por efecto (13)
- (15) Disminución de la competencia minorista por efecto (14)
- (16) Aumento de la concentración minorista por efecto (11) y (15)

### Secuencia X+3: Monopolización del mercado del fabricante por el oligopsonio

- (17) Aumento de los pagos comerciales y condiciones comerciales por efecto (16)
- (18) Exclusión de proveedores económicamente más débiles por efecto (17)
- (19) Aumento de los precios de cesión por efectos (17) y (18)
- (20) Aumento de los precios minoristas por efecto (19)
- (21) Marca blanca (integración vertical) excluye a proveedores por efecto (17) y (20)

Debe clarificarse que desde una perspectiva de derecho de la competencia, un mercado monopolizado por marcas blancas que compiten entre ellas, es un escenario perfectamente legítimo en ausencia de un poder de mercado que facilite conductas anticompetitivas encaminadas a imponer dicho resultado. Por ejemplo, los distribuidores de descuento duro (“hard discount”) han optado por un modelo de precios minoristas competitivos sustentado en una mayoría de productos de marca blanca, que les lleva a una competencia intensa por obtener precios de cesión bajos y una ausencia de pagos comerciales. Sin embargo, no es admisible que el poder de mercado de la distribución se utilice para imponer a los proveedores pagos comerciales no exigidos a los proveedores de la marca blanca o fijar una estrategia comercial y de precios poco competitiva en relación a los productos de marca del fabricante (incluyendo la desreferenciación) para favorecer su marca blanca.



### 9.3.1 Precios supracompetitivos

La Comisión determinó en su Decisión Carrefour/Promodès que la competencia en el mercado de aprovisionamiento español, por referencia al mercado francés, se estaba desplazando de los precios de compra a las condiciones comerciales, lo que podía encubrir una situación de dependencia económica de los proveedores frente a la gran distribución<sup>393</sup>.

Esta conclusión es plenamente conforme con los resultados empíricos del Estudio Cruz Roche 1999, fruto de una encuesta entre los proveedores de la distribución. Esta encuesta identificaba 16 aspectos de la negociación comercial entre proveedores y distribuidores y el grado de poder de compra existente en ellos: (1) descuento sobre precio tarifa, (2) cánones de referenciación, (3) pagos atípicos, (4) espacio asignado en lineales, (5) utilización y pago de cabeceras de góndola, (6) pago por utilización de plataformas de distribución, (7) respeto a la posición en el lineal, (8) adaptación del producto a las especificaciones del distribuidor, (9) aportaciones para gastos de publicidad, (10) asunción de gastos relacionados con el proceso de devoluciones, (11) días de aplazamiento de pago, (12) días prefijados para los pagos, (13) promociones en punto de venta, (14) codificación y etiquetado de los productos y embalajes, (15) reposición de los productos en los lineales, (16) selección del producto y definición de surtidos dentro de la categoría<sup>394</sup>.

Pues bien, los proveedores percibían que, en sus negociaciones con el principal distribuidor, 10 aspectos, casi todos relacionados con pagos monetarios o costes financieros (cánones de referenciación, pagos atípicos, pagos de góndola, aportaciones para gastos de publicidad, días de aplazamiento de pago, días prefijados para los pagos, promociones en puntos de venta, reposición de productos en lineales y selección del producto y definición de surtidos), eran más importantes que la negociación de descuentos sobre tarifa. Asimismo, la percepción de los proveedores indicaba que el distribuidor principal ejercía más presión sobre 8 aspectos de la negociación (cánones de referenciación, pagos atípicos, pagos de góndola, pagos por utilización de plataformas de distribución, aportaciones para gastos de publicidad, días de aplazamiento de pago, días prefijados para los pagos, promociones en puntos de venta)

<sup>393</sup> Decisión Carrefour/Promodès, p. 26 : “102. Ainsi, en imposant de calculer le seuil de revente à perte à partir du prix unitaire sur facture et en interdisant aux distributeurs de déduire les marges dites «arrières» qui rémunèrent les services, la négociation entre les distributeurs et les fournisseurs s'est, dans une large mesure, déplacée des «marges avants» vers les «marges arrières», c'est-à-dire vers la coopération commerciale qui est le budget payé par l'industriel au distributeur pour la rémunération de services tels que la présence de son produit dans un prospectus publicitaire, la mise en avant de ses produits dans les linéaires ou en tête de gondole etc. En principe, distributeurs et fournisseurs devraient rechercher à coordonner leurs stratégies respectives afin d'optimiser le budget de coopération commerciale. Cependant, le développement des marges arrières peut également masquer des situations de dépendance du fournisseur par rapport au distributeur. 103. Il apparaît en définitive qu'en dépit d'une relative uniformisation des marges avants, il n'existe, du moins pour le moment, aucune transparence ou échange d'informations concernant les marges arrières, conditions vers lesquelles le jeu concurrentiel s'est largement déplacé.” (subrayado del TVDC)

<sup>394</sup> *Vid.*, Estudio Cruz Roche 1999, Cuadro 3.19, pp. 138-140, Anexo 12.5 “Análisis de las estrategias de influencia del principal distribuidor sobre las condiciones de negociación (Estudio Cruz Roche, 1999)”.



que sobre el precio de tarifa; y ejercía una presión sólo ligeramente inferior en relación a otros 3 aspectos (asunción de gastos relacionados con devoluciones, reposición de los productos en los lineales y selección del producto y definición de surtidos dentro de la categoría). En suma, el poder ejercido por el distribuidor principal (resultado de multiplicar la importancia de un aspecto por la presión ejercida) era mayor que el poder ejercido sobre el precio de la tarifa en relación a 8 aspectos (cánones de referencia, pagos atípicos, pago de góndolas, pago de plataformas logísticas, pagos para publicidad, días de aplazamiento de pago, días prefijados para los pagos y promociones en puntos de venta), y el poder ejercido en relación a otros 2 aspectos (reposición de lineales y selección de producto y definición de surtidos) sólo era ligeramente inferior al ejercido sobre el precio de tarifa<sup>395</sup>.

En relación a sus negociaciones con el distribuidor medio, los proveedores percibían que los distribuidores otorgaban una importancia ligeramente mayor al descuento sobre precio de tarifa y, sin embargo, recibían una presión ligeramente inferior, en comparación al distribuidor principal. Por otra parte, en abierta contradicción con la política de compras del distribuidor principal, el poder ejercido por el distribuidor medio sobre el precio de tarifa (inferior en todo caso al ejercido por el distribuidor principal) sólo era superado por la presión ejercida sobre las promociones en el punto de venta (aspecto ligado al precio de compra)<sup>396</sup>.

El Estudio Cruz Roche 1999 también medía el grado de conflicto (importancia de un aspecto multiplicada por el grado de desacuerdo) entre los proveedores y el distribuidor principal o medio, en relación a los 16 aspectos de la negociación<sup>397</sup>. En relación al distribuidor principal, el grado de desacuerdo sobre el descuento del precio de tarifa era bajo y era superado en otros 14 aspectos de la negociación (canones de referencia, pagos atípicos, espacio asignado en lineales, pagos de góndola, pago por utilización de plataformas logísticas, respeto a la posición en el lineal, aportaciones para gastos de publicidad, gastos de devoluciones, días de aplazamiento de pago, días prefijados para los pagos, promociones en puntos de venta, reposición de productos en lineales y

<sup>395</sup> *Vid.*, asimismo, Estudio Cruz Roche 1999, p. 141: "...los aspectos de la negociación en los que los fabricantes perciben un ejercicio de mayor presión por parte de su principal distribuidor son los pagos atípicos, las aportaciones para publicidad, pago de cabeceras de góndola, cánones de referencia, días prefijados para los pagos y pago por utilización de plataformas de distribución. Todos ellos forman parte del grupo de aspectos de la negociación que se consideran de elevada importancia por el fabricante y constituyen partidas de pagos. En el resto de los factores la presión percibida es media o baja..."

<sup>396</sup> *Vid.*, asimismo, Estudio Cruz Roche, p. 137: "...en el proceso de negociación frente a sus distribuidor medio sólo se considera importante el aspecto relacionado con las promociones en el punto de venta, de donde se deduce que los procesos de negociación varían ampliamente en cuanto a las condiciones tratadas en función del tamaño y poder que posea el distribuidor. Esta diferencia alcanza valores altamente significativos en todos los aspectos excepto en el descuento sobre precio de tarifa, donde los valores medios son similares."; y p. 141: "...los fabricantes no perciben en ninguno de los aspectos una presión elevada procedente del distribuidor medio, mientras que perciben una presión baja en un gran número de aspectos, lo que indica claramente que el ejercicio de poder está directamente relacionado con la dependencia basada en la proporción de ventas que representa el distribuidor. Las diferencias son significativas de nuevo en todos los aspectos excepto en el descuento sobre precio de tarifa, donde la valoración de la presión alcanza un nivel medio similar."

<sup>397</sup> Estudio Cruz Roche, Cuadro 3.21, pp. 146-147, Anexo 12.6 "Medición del grado de conflicto (Estudio Cruz Roche 1999)".



selección del producto y definición de surtidos). Sensu contrario, sólo en dos aspectos menores de la negociación (la adaptación del producto a las especificaciones del distribuidor y la codificación y etiquetado del producto) había un mayor grado de acuerdo que en relación al descuento del precio de tarifa. Si bien la importancia relativa del desacuerdo sobre el descuento del precio de tarifa aumentaba en la medición del grado de conflicto con el distribuidor principal, el grado de conflicto en este aspecto de la negociación seguía siendo menor que en otros 10 aspectos. Asimismo, debe tenerse en cuenta la enorme diferencia relativa entre el grado de conflicto en el descuento del precio de tarifa y otros aspectos decisivos como el canon de referenciación (+34,5%), los pagos atípicos (+62,2%), los pagos de góndola (39,7%) y los pagos para publicidad (+36,5%).

En relación al distribuidor medio, el grado de conflicto en relación al descuento sobre el precio de tarifa (19,65) prácticamente igualaba el grado de conflicto con el distribuidor principal (20,43) y, en relación a otros aspectos de la negociación con el distribuidor medio, era superado por los pagos atípicos, pagos de góndola, gastos para publicidad, días de aplazamiento de pago y las promociones en punto de venta, lo que parece indicar un efecto imitación del distribuidor principal por parte del distribuidor medio. El grado de conflicto más grande se daba en los pagos atípicos (23,08), los gastos para publicidad (21,60), los pagos de góndola (20,67) y las promociones en punto de venta (22,22). En todo caso, en estos cuatro aspectos el grado de conflicto con el distribuidor principal era respectivamente un 43,5%, un 29,1%, un 38,1% y un 16,7% mayor en relación al distribuidor medio. Asimismo, en otros aspectos en los que el conflicto con el distribuidor principal era menor, la comparación con el distribuidor principal desvelaba diferencias abismales favorables a este último: pagos de referenciación (52,4%), pago por utilización de plataformas de distribución (157,3%), gastos por devoluciones (36,7%), gastos de reposición de productos (126,3%).

En suma, los datos empíricos recabados por el Estudio Cruz Roche 1999 demostraban que el poder de compra de los grandes distribuidores es significativamente superior al de los distribuidores medianos y, significativamente, los grandes distribuidores no ejercen su poder de compra para reducir el precio de compra del producto, sino para obtener pagos comerciales de sus proveedores. Por otra parte, los distribuidores medianos, a pesar de tener un poder de compra relativamente menor, habían empezado a desplazar sus exigencias monetarias a algunos conceptos diferentes al precio de compra. Ello puede deberse a las mismas razones que explican el comportamiento oligopolista de las grandes centrales de compras: (1) la ausencia de competencia en precios en el mercado minorista también beneficia a los distribuidores medianos, que no consideran necesario obtener precios de cesión menores; y (2) la transparencia de precios del mercado minorista delataría inmediatamente a un distribuidor mediano que practique precios bajos y los grandes distribuidores exigirían inmediatamente al proveedor la subida del precio de cesión aplicado a dicho competidor o una rebaja del precio de cesión aplicado a los grandes distribuidores al menos equivalente y, probablemente, superior, escenario que no beneficia ni al distribuidor medio ni al proveedor.



En los años transcurridos desde la publicación del Estudio Cruz Roche 1999, la concentración en el mercado de la distribución minorista y de aprovisionamiento ha aumentado, por lo que debe concluirse que el escenario de poder de compra, competencia reducida en los precios de cesión e imposición de pagos comerciales, descrito en el Estudio Cruz Roche 1999, sigue vigente o, dada la mayor concentración del mercado, se ha acentuado. Este escenario propicia (1) unos precios de cesión supracompetitivos, porque los distribuidores no tienen suficientes incentivos para negociar descuentos sobre el precio de tarifa y sí en cambio para extraer toda clase de pagos por otros conceptos creados “artificialmente”; y (2) la posibilidad del oligopolio de la distribución de dominar colectivamente el mercado del fabricante mediante sus marcas blancas.

En un principio, tal como predijeron en el plano teórico los Estudios FTC 2001 y 2003, este escenario de precios supracompetitivos puede suponer una ganancia mutua para los proveedores y los distribuidores y, por ello, gozar de la complicidad de los primeros. Por un lado, los pagos atípicos o por referencia suponen un ingreso seguro para el distribuidor y, por lo tanto, una barrera de entrada para nuevos proveedores. Por otro lado, los precios de cesión superiores son automáticamente trasladados al consumidor debido a la ausencia de competencia en precios en el mercado minorista, lo que permite asociar el producto a una mayor calidad y evitar una reducción del valor intangible de la marca.

El Estudio Cruz Roche 1999 y el Estudio Dobson 1999 demuestran que en España, los proveedores y distribuidores pueden alcanzar mediante una colusión tácita precios supracompetitivos, sin perjuicio de la utilización de prácticas facilitadoras como las sancionadas en la Resolución distribución de juguetes del Conseil de la Concurrence y en la Resolución Aceites 2 del TDC.

En la primera, el Conseil de la Concurrence sancionó a gran parte de la industria juguetera y de la gran distribución (tanto especializada como de bienes de consumo diario) por una estrategia conjunta encaminada a aumentar los precios de aprovisionamiento y de venta minorista. La Resolución constató que las grandes superficies de alimentación (Leclerc, Carrefour, Auchan, Cora y Casino, identificadas como “GSA”) disponían de contratos de cooperación comercial estándar aplicables a todos los proveedores, alimentarios o no. Estos contratos de cooperación comercial preveían una serie de prestaciones comerciales cuya denominación variaba frecuentemente de año en año, incluyendo nuevas incorporaciones<sup>398</sup>. Según algunos proveedores, los contratos de cooperación comercial eran en realidad contratos de adhesión que iban sumando nuevos conceptos sin contraprestación que los proveedores estaban obligados a aceptar<sup>399</sup>. En relación a la fijación del precio de compra e, indirectamente, del precio minorista, los proveedores y los distribuidores se acusaban mutuamente de su imposición<sup>400</sup>. Sin embargo, el Conseil de la Concurrence concluyó

<sup>398</sup> Resolución distribución de juguetes del Conseil de la Concurrence, epígrafe 62.

<sup>399</sup> Resolución distribución de juguetes del Conseil de la Concurrence, epígrafes 72-73, p. 16.

<sup>400</sup> Resolución distribución de juguetes del Conseil de la Concurrence, epígrafes 524-525: “524. La plupart des distributeurs mis en cause allèguent qu'à les supposer établies, les pratiques incriminées résulteraient d'un comportement unilatéral des fournisseurs, ce qui serait insuffisant pour les qualifier



que el expediente revelaba numerosos indicios de la existencia de un acuerdo entre proveedores y distribuidores en relación a los precios minoristas de los juguetes vendidos en la época navideña. Estos indicios mostraban que el precio de compra de las GSA servía de referencia para fijar el precio de venta, al que se añadía el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). Asimismo, las grandes superficies especializadas (identificadas como “GSS”), independientemente de sus condiciones de compra alineaban, sus precios minoristas a los aplicados por las GSA, gracias a la intervención de los proveedores<sup>401</sup>. El Conseil de la Concurrence disponía, en particular, del acta de una reunión entre Carrefour y la empresa juguetera Lego, en la que se daba cuenta de que Lego era la única empresa en haber adoptado una política de reducción de pagos por cooperación comercial, que obligaba a los distribuidores a “remunerarse” en función de las deducciones sobre el precio de tarifa y los descuentos por volumen. Ello implicaba una ausencia de control sobre los precios de venta, lo que llevaba a ambas empresas a estudiar la posibilidad de retornar a una política de cooperación comercial<sup>402</sup>. Por todo ello, el Conseil de la Concurrence llegó a la conclusión de que existía un acuerdo de fijación de precios mínimos de venta entre proveedores y distribuidores facilitado mediante tres conductas:

(1) Los pagos comerciales adicionales al distribuidor garantizaban al proveedor que el precio de compra se transformaba en precio mínimo de venta minorista (una vez añadido el IVA), por la intervención de la normativa de venta a pérdida; (2) las comunicaciones del proveedor al distribuidor recordando que el descuento sobre factura no debía usarse para ofrecer precios más bajos que los de la competencia; y (3) la difusión de precios de venta recomendados<sup>403</sup>. Para garantizar la efectividad de esta práctica concertada, tanto los proveedores como los distribuidores, a menudo conjuntamente, recurrían a una vigilancia sistemática de los precios minoristas para detectar desviaciones y adoptar las represalias oportunas en ambos mercados<sup>404</sup>.

---

d'entente. Ils affirment que le mécanisme mis en place ne résulte pas d'une entente mais d'actions conjointes et unilatérales des fournisseurs, les fournisseurs décidant seuls de leur tarif qui n'est aucunement négociable. 525. A l'inverse, les fournisseurs font valoir qu'à les supposer établies, les pratiques incriminées résultent d'un comportement unilatéral des distributeurs. La plupart ajoutent qu'ils n'ont pas donné leur libre consentement, les distributeurs disposant d'une puissance d'achat telle qu'ils imposent ce qu'ils veulent en matière de coopération commerciale. Pour certains d'entre eux, la contrainte interdit la qualification d'entente, en raison de l'absence d'autonomie de volonté des petits fournisseurs.”

<sup>401</sup> Resolución distribución de juguetes del Conseil de la Concurrence, epígrafe 534.

<sup>402</sup> Resolución distribución de juguetes del Conseil de la Concurrence, epígrafe 535: “A notamment été saisi dans les locaux de la société Carrefour, le compte rendu d'une réunion entre Lego et Carrefour tenue en 2002 commentant le choix fait par Lego en 2001 d'accorder moins de marges arrière, et donc d'amener les distributeurs à se rémunérer en partie par des marges avant, en soulignant que Lego est le seul fournisseur en France avec cette politique commerciale et que ce choix a eu pour résultat que les prix de vente sont « non maîtrisés ». Les solutions envisagées dans le document sont une garantie des marges avant, dont il est précisé qu'elle ne résout pas le problème de la « non maîtrise des prix de vente », d'une part, et le « retour d'une politique de marge arrière », d'autre part (cf. ci-dessus au paragraphe 216).”

<sup>403</sup> Resolución distribución de juguetes del Conseil de la Concurrence, epígrafe 540.

<sup>404</sup> Resolución distribución de juguetes del Conseil de la Concurrence, epígrafe 557 y, en particular, 558 : “Les éléments du dossier font apparaître des actions de surveillance mises en oeuvre par certains fabricants, soit directement à leur initiative, soit à la suite de plaintes leur ayant été adressées par des distributeurs ayant constaté que des concurrents pratiquaient des prix plus bas que les leurs. Des mesures



La Resolución distribución de juguetes del Conseil de la Concurrence se adoptó unos meses más tarde que la Resolución Aceites 2 del TDC y, aunque ambas afectan a productos diferentes, presentan muchas similitudes en cuanto a la naturaleza de las conductas anticompetitivas y los incentivos económicos subyacentes.

En la segunda Resolución, el TDC sancionó a SOS Cuétara y cada una de las cadenas de distribución minorista Carrefour, Caprabo, Alcampo, Eroski, Mercadona, Día, El Arbol y El Corte Ingles, por haber establecido la primera y aceptado las restantes un precio mínimo de venta al público para sus marcas Carbonell 0,4º y Koipesol. La Resolución se fundamentó en un artículo de prensa que daba cuenta de unas declaraciones de SOS Cuétara relativas a la fijación para el aceite Carbonell 0,4º de un precio de venta de 2,7 euros en toda España y en la igualdad observada de los precios de venta de prácticamente todos los establecimientos de los distribuidores sancionados (partiendo de 2,69 euros y aumentando en períodos posteriores). La Resolución no reveló el modo en que dicho acuerdo o práctica concertada se había ejecutado, pero el funcionamiento del mercado minorista nos lleva a la conclusión de que la aplicación de un precio de venta mínimo y uniforme puede lograrse mediante la interacción oligopolista de proveedores y distribuidores, es decir, sin necesidad de llegar a un acuerdo expreso pero con idéntico perjuicio para los consumidores. Esta colusión se produce tanto en la fijación del precio de compra como en la fijación del precio de venta, en este último caso reforzada por el efecto de la normativa que prohíbe la venta a pérdida.

En relación al precio de compra, el proveedor puede negociar con los principales distribuidores un precio de cesión alto (próximo al precio de venta deseado) a cambio de otros pagos comerciales. Este precio servirá de referencia a los restantes distribuidores, que no tienen poder para exigir descuentos. En el caso del aceite Carbonell 0,4º, de los datos aportados en la Resolución puede estimarse que antes de la puesta en práctica de las represalias contra Carrefour, el precio de cesión aplicado por SOS Cuetara a Carrefour, que por su tamaño posiblemente gozaba de las condiciones más beneficiosas, era de 2,78 euros/litro, que automáticamente se transformaba en un precio mínimo de venta de conformidad con el artículo 14 LORCOMIN. Por ello, Carrefour no tenía legalmente un margen de rebaja en relación al precio de venta mínimo de 2,70 euros deseado por SOS Cuetara<sup>405</sup>.

---

de police ont également été mises en place par des distributeurs, soit directement à leur initiative, soit à la suite de l'intervention de fabricants leur demandant de relever leur prix de vente au détail.”

<sup>405</sup> Resolución Aceites 2, p. 6: “En el mes de mayo de 2003, Carrefour publicó un folleto publicitario para anunciar las promociones comerciales programadas para los días 10 a 18 de junio en sus hipermercados, entre las que se encontraba una oferta de descuentos de 0,18 euros en la compra de tres botellas de la marca Carbonell 0,4º, es decir, 0,06 euros por litro sobre el precio unitario fijado en 2,69. Como consecuencia del anuncio de dicha oferta, Koipe remitió a Carrefour el día 9 de junio de 2003 un fax comunicándole un aumento de sus precios de cesión de los aceites Carbonell 0,4 y Koipesol superior al 25% de los que venía ofreciendo hasta el momento, solicitando 3,475 euros por litro para el Carbonell 0,4º y 1,480 euros por litro para la marca Koipesol, lo que impidió a Carrefour cumplir con la promoción anunciada.” El TVDC ha deducido el precio de cesión anterior del aceite Carbonell 0,4º mediante una regla de tres que atribuye a 3,475 euros un valor de 125% (100% = 2,78 euros). Si el TDC en realidad se refería a un descuento del 25% sobre 3,475 euros (75% = 2,60625 euros), Carrefour sólo contaba con un



En relación al precio de venta uniforme, si bien parece difícil que un proveedor pueda controlar unilateralmente los precios de venta y las promociones de los distribuidores, puede lograrlo con la ayuda de los competidores del establecimiento que decide bajar sus precios (“free rider”), que cuentan con refinados mecanismos de control sistemático de precios. Por ello, no sería extraño que el folleto publicitario de Carrefour que dio lugar a la represalia de SOS Cuetara hubiera sido detectado y puesto en conocimiento de SOS Cuetara por uno o varios competidores, para la adopción de las oportunas represalias comerciales, ahorrándose así el coste de una guerra de precios minoristas.

En suma, aunque el TDC dictaminó que existía un acuerdo de fijación de precios mínimos, SOS Cuetara podía lograr el mismo objetivo fijando un precio de cesión próximo al precio de venta deseado (2,7 euros), aun a costa de aumentar los pagos comerciales hechos a sus distribuidores. De hecho, la propia empresa alegó en su descargo que las declaraciones recogidas en el artículo de prensa en realidad se referían al precio de compra y no al precio de venta minorista<sup>406</sup>. Asimismo, aunque no fue considerado relevante en relación con la conducta objeto de análisis, la Resolución Aceites 2 constató que SOS Cuetara era el principal proveedor de aceites de marca propia con un 20-30 de cuota del mercado de aceite virgen y un 30-40% de cuota del mercado de aceite de girasol, mientras las marcas blancas de la distribución acaparaban el 50-60% de cuota en ambos mercados<sup>407</sup>. En este caso, si la estrategia de precios altos de SOS Cuetara podía beneficiarle o no en función del grado de fidelidad (elasticidad de demanda) de sus consumidores, el beneficio para la distribución estaba asegurado en forma de menor competencia en precios de venta, posibles pagos comerciales compensatorios de SOS Cuetara y un mejor posicionamiento de sus marcas blancas de aceites en relación a las de SOS Cuetara.

De todo lo anterior puede concluirse que los pagos comerciales reducen la competencia sobre los precios de cesión y, por lo tanto, sólo pueden generarse en un escenario de poder de mercado de las grandes empresas de la distribución tanto en el mercado de la distribución minorista como en el de aprovisionamiento, agravado, en su caso, por el poder de mercado de algunos proveedores de marcas líderes. Esta circunstancia es suficiente para considerar los pagos comerciales como acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante que restringen la competencia y suponen una reducción del bienestar de los consumidores en forma de precios de compra supracompetitivos que se traducen inmediatamente en precios minoristas supracompetitivos. Por otra parte, la discriminación económica de las marcas de los proveedores frente a las marcas blancas de la distribución, agrava los efectos anticompetitivos en precios redundando en menor variedad/calidad de los productos disponibles para los consumidores.

---

margen legal de rebaja de aproximadamente 10 céntimos (3,7% del precio minorista de 2,7 euros deseado por SOS Cuetara) y su rebaja de 6 céntimos por litro equivalía a una rebaja del 2,6% sobre el precio minorista deseado por SOS Cuetara.

<sup>406</sup> Resolución Aceites 2, p. 8. “[los representantes de SOS Cuetara] alegaron en la Vista oral que el periodista no había interpretado correctamente las manifestaciones del Sr. S. y que lo que éste dijo en realidad no se refería a los precios de venta al público sino a los precios de cesión.”

<sup>407</sup> Resolución Aceites 2, Hecho Probado 1º.



### 9.3.2 Pagos y Condiciones comerciales anticompetitivos

La Decisión Carrefour/Promodès y el Estudio Cruz Roche 1999 acreditaron que la dinámica competitiva entre proveedores y distribuidores se ha trasladado a la cooperación comercial, eufemismo para describir los pagos a los distribuidores no relacionados con los descuentos sobre el precio de tarifa y volumen de ventas<sup>408</sup>.

Asimismo, el Estudio Dobson 1999 analizó el mercado de aprovisionamiento español y señaló que las relaciones comerciales se configuran en dos fases. En la primera fase, la distribución minorista preselecciona los candidatos en función de criterios genéricos como sus precios de referencia, liderazgo de marca, garantía de suministro, etc. La segunda fase, “más interesante”, consiste en la elaboración de “plantillas”, en las que el distribuidor estandariza las condiciones de la relación comercial con sus proveedores. Las condiciones típicas incluyen: (a) un pago por referenciación; (b) un pago por presencia en el lineal; (c) un pago por posicionamiento preferencial en el lineal (pago de góndola); (d) plazos de pago extensos cuya duración está positivamente relacionada con el tamaño del distribuidor; (e) devolución de productos no vendidos; (f) pagos promocionales (por ejemplo, campañas 3x2); (g) pagos por reposición de productos del proveedor.<sup>409</sup>

La configuración de los contratos de aprovisionamiento (equivalentes a contratos de adhesión) y las condiciones incluidas en ellos, llevaban al Estudio Dobson 1999 a concluir que las ventajas económicas obtenidas por los distribuidores no estaban relacionadas con la eficiencia (volumen de compras, ahorro de costes) sino con el poder de compra. En particular, el Estudio Dobson 1999 identificó conductas específicamente asociadas con el ejercicio del poder de compra:

#### 1. Pagos por apertura, remodelación o ampliación de establecimientos:

- La plantilla de una gran empresa de la distribución indica que el proveedor XXX debe pagar una cantidad determinada por cada apertura de establecimiento durante el año 1996.
- En febrero de 1996, Simago (Promodès) exigió a sus proveedores el 1% de sus ventas del año 1995 debido a problemas económicos y para financiar la renovación de establecimientos (El País, 18/02/1996).
- Un grupo de la distribución exigió una contribución de entre 10.000 y 50.000 pesetas por cada establecimiento renovado.
- Alcosto (miembro de la central IFA) demandó a sus proveedores un descuento retroactivo sobre sus ventas de 1993 para financiar su política de expansión (Cinco Días, 25/2/1997).

#### 2. Descuentos retroactivos sobre ventas del año precedente en caso de fusiones, adquisiciones (“regalos de bodas”) o aniversarios:

<sup>408</sup> *Vid., supra*, introducción a la Sección 9.3.

<sup>409</sup> Estudio Dobson 1999, p. 118.



- Con ocasión de la compra de Jumbo y Sabeco en marzo de 1996, Alcampo reclamó a sus proveedores un descuento retroactivo de un 1% de sus ventas del año precedente (Cinco Días, 4/11/1998).
- Eroski, de acuerdo con Unide y Mercat, exigió a sus proveedores, bajo amenaza de desrefenciación 3 millones de pesetas o un descuento retroactivo del 2% sobre sus ventas de 1997 (Expansión, 3-2-98, Cinco Días, 4/11/1998)
- Con ocasión de la compra de Simago a finales de 1998, Continente (Promodés) exigió a sus proveedores un descuento de entre el 1% y el 2% de sus ventas totales en 1998 (Cinco Días, 4/11/1998).
- La central IFA y otro grupo de compras exigieron un pago de aniversario en 1997 (Cinco Días, 5/2/1997).

3. Aumento retroactivo de los descuentos sin compensaciones a los proveedores.

4. Aplicación de descuentos regresivos a final de año a los proveedores que no habían alcanzado el volumen de ventas programado.

5. Acuerdos de compra exclusiva en particular en relación a las marcas de la distribución.

6. Plazo de pago de hasta 120 días cuando en otros países europeos se reducían a 9 y 12 días y la rotación de productos estaba entre 7 y 20 días.

El Estudio Dobson 1999 concluía que este tipo de conductas parecían exceder los límites de las relaciones comerciales equitativas y mencionaba que la *Comisión de Seguimiento del Observatorio de la Distribución Comercial* había considerado las exigencias de descuentos retroactivos por parte de Alcampo (Auchan), Eroski y Continente (Carrefour) como modificaciones contractuales unilaterales sin eficacia jurídica y constitutivas, además, de un abuso de posición dominante.<sup>410</sup>

El reciente episodio de demandas dinerarias retroactivas y “regalos de bodas” a los proveedores, protagonizado por Eroski tras la compra de Caprabo, confirma la persistencia de estas conductas y su carácter generalizado entre las grandes empresas de la distribución:

“Tasas de peaje por ser proveedor del nuevo grupo. Porcentajes sobre los volúmenes de ventas del pasado y la posible facturación en el futuro. Aportaciones especiales conocidas como los *regalos de boda*. Éstas son algunas de las condiciones exigidas en los últimos meses por los responsables del Grupo Eroski a los proveedores tras la compra de Caprabo...Aunque cada caso es diferente, según se desprende de los datos comunicados por un centenar de empresas, más del 90% de los encuestados señalan que se les han exigido penalizaciones por supuestas diferencias en las condiciones de compra entre Eroski y Caprabo. En el 58%, los industriales señalan que se les pide con efecto retroactivo desde 2006(...). Los encuestados coinciden igualmente en señalar que

<sup>410</sup> Estudio Dobson 1999, pp. 117-119.



el conjunto de las exigencias planteadas viene a suponer entre un 3% y un 10% del volumen de la facturación. Los industriales indican que la aceptación de esas condiciones es indispensable para seguir siendo proveedor del grupo y que el rechazo de las mismas es causa para salir.(...). Las exigencias de pagos indiscriminados de la gran distribución a los proveedores por estar presentes en los establecimientos de un grupo en función de superficie de ventas han constituido una práctica habitual en el pasado, especialmente cuando se han producido procesos de fusión o integración. En la actualidad, ese mecanismo para obtener recursos añadidos a los ingresos por ventas se mantiene la mayor parte de los casos, aunque hay variaciones sobre la regla general. (...). Para los responsables de Eroski, lo que está haciendo el grupo no supone ninguna novedad y es lo habitual que se hace en la distribución en este tipo de situaciones. En Eroski se considera que la compra de Caprabo ha supuesto un importante esfuerzo inversor por parte del grupo que debe reportar beneficios para todos. La compra va a suponer más actividad para los proveedores al incrementar su capacidad de ventas. Por ese motivo, desde Eroski se entiende que las empresas deben ofrecer condiciones de cesión más ventajosas para el grupo.” (subrayado del TVDC)<sup>411</sup>

El aumento de los pagos comerciales no supone una mera transferencia de rentas de los proveedores a los distribuidores sin efectos sobre la competencia y los consumidores. La financiación de estos pagos comerciales debe hacerse con cargo a los precios de cesión, con el beneplácito de la distribución, que puede repercutir estos mayores precios de cesión a los consumidores y al mismo tiempo favorecer indirectamente la posición competitiva de sus marcas blancas. El incremento de los pagos comerciales y el consiguiente aumento de los precios de cesión y de venta minorista, propiciado por los distribuidores o los proveedores incumbentes o por ambos<sup>412</sup>, restringen la competencia en los dos mercados y disminuye el bienestar de los consumidores.

En relación al mercado de los fabricantes, los efectos anticompetitivos de los pagos comerciales pueden ser variados. El ejercicio del poder de compra para transferir riesgos excesivos o costes imprevistos a los fabricantes (por ejemplo, exigencias retroactivas de descuentos u otros pagos comerciales), puede reducir la competitividad y eficiencia del sector productivo sin generar ningún beneficio para los consumidores<sup>413</sup>. Por último, los pagos comerciales pueden distorsionar la competencia entre los fabricantes, generando barreras económicas de entrada que benefician a los proveedores establecidos (incumbentes) con marcas líderes.

<sup>411</sup> “Eroski ajusta cuentas a los proveedores”, El País, 23 de marzo de 2008.

<sup>412</sup> *Vid.*, como ejemplo de conductas concertadas de proveedores y distribuidores, la Resolución Aceites 2 del TDC y la Resolución distribución de juguetes del Conseil de la Concurrence, analizadas *supra*, Sección 9.3.1.

<sup>413</sup> Estudio Competition Commission 2008, epígrafe 9.41: “However, when, in the hope of gaining a competitive advantage, grocery retailers transfer excessive risks or unexpected costs to their suppliers through practices involving retrospective adjustments to supply agreements or giving rise to moral hazard on the part of the grocery retailer, this is likely to lessen suppliers’ incentives to invest in new capacity, products and production processes. If unchecked, these practices, which are essentially a side-effect of competition between grocery retailers with buyer power, will be detrimental to the interests of consumers.” *Vid.*, asimismo, Estudio Competition Commission 2008, epígrafes 9.44-9.46, en relación a las modificaciones contractuales retroactivas.



En relación al mercado de la distribución, los pagos comerciales garantizan al distribuidor unos ingresos fijos desvinculados de su gestión empresarial o de su estrategia de venta del producto. Al contrario, en algunos casos, el ejercicio del poder de compra para trasferir al proveedor la responsabilidad económica sobre riesgos o costes que sólo el distribuidor puede controlar (por ejemplo, gastos de devolución de productos por los consumidores, compensaciones por ventas inferiores a las esperadas, etc.) puede suprimir el “riesgo moral” de su conducta y generar ineficiencias<sup>414</sup>. Por último, tal como ha sido detallado en la sección anterior, el aumento de los pagos comerciales lleva implícito un aumento de los precios de cesión para compensarlos, que sirve para fijar un precio mínimo de venta minorista y reducir así la competencia en precios en el mercado minorista.

Los pagos y condiciones comerciales han sido objeto de crítica en los Estudios Competition Commission 2000 y 2008 y en el Estudio Autoridades Nórdicas 2005<sup>415</sup>. Asimismo, el Dictamen Conseil de la Concurrence 2004 analizó su incidencia en el comercio, su justificación y sus efectos anticompetitivos<sup>416</sup>. En relación a su creciente importancia en el tráfico mercantil, el Conseil de la Concurrence constató que los descuentos no incluidos en la factura y los pagos de cooperación comercial se han ido generalizando. En particular, el Conseil de la Concurrence se refirió a los datos recabados por el l’Institut de Liaisons et d’Etudes des Industries de Consommation (ILEC) relativos al porcentaje del precio neto representado por los pagos comerciales:

	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Marges arrière en % du prix net facturé	22 %	24 %	27 %	29 %	30 %	32 %

Source : enquête Ilec

Asimismo, el Conseil de la Concurrence admitió que el porcentaje varía considerablemente (10-50%) según las categorías de productos y en relación a

<sup>414</sup> Vid., Estudio Competition Commission 2008, epígrafes 9.47-9.49, en relación a las transferencias de riesgos excesivos y el “riesgo moral” implícito.

<sup>415</sup> Estudio Autoridades Nórdicas 2005, p. 19: “Producers’ access to the shelves: Agreements between suppliers and retail chains have become more complex. Certain arrangements in such agreements may have foreclosing and other anticompetitive effects. The agreements may include discounts, loyalty bonuses, slotting payments, marketing support, gifts and similar favours, and the competition authorities will include all these factors in their assessments. Market participants should be aware that agreements or practices which can be shown to limit competition can constitute a breach of competition rules. Central to the assessment are the effects of the practise, not the label or form it takes.”

<sup>416</sup> Dictamen Conseil de la Concurrence 2004, párrafo 3 : “Sur la base de ces constatations, l’UFC-Que Choisir saisit le Conseil de la concurrence des deux questions suivantes :

« 1° - Dans le cadre précédemment décrit, le développement des accords de coopération commerciale dans le secteur de la grande distribution non spécialisée générant des marges arrière peut-il avoir pour effet de limiter le libre jeu de la concurrence par les prix et ce au détriment des consommateurs ?

2° - Est-il possible, au moyen d'accord conclu sous l'égide des pouvoirs publics entre des producteurs, certaines de leurs fédérations professionnelles, des distributeurs et leurs fédérations, ainsi que des associations de consommateurs de fixer le niveau de ces marges arrière sans porter atteinte au libre jeu de la concurrence ?»”



proveedores particulares<sup>417</sup>. Por otra parte, las empresas “hard discount” no exigen pagos comerciales a los proveedores y el resto de las empresas de la distribución tampoco exigen pagos comerciales en relación a las marcas blancas<sup>418</sup>. En relación a su justificación, el Conseil de la Concurrence consideró que estas prácticas no respondían a servicios efectivamente prestados a los proveedores, sino al poder de compra de la distribución, y la ausencia de denuncias o quejas formales de los proveedores se justifica en el temor a ser desreferenciados<sup>419</sup>. Asimismo, el poder de compra de la distribución está explicado por la estructura oligopolista del mercado de aprovisionamiento y distribución minorista, reforzada por barreras legales que impiden la implantación de grandes superficies competitadoras<sup>420</sup>. El Conseil de la Concurrence afirmó que la función de las autoridades de competencia no es intervenir en el reparto de las rentas económicas entre productores y distribuidores, sino evitar conductas anticompetitivas<sup>421</sup>. En este sentido, constató que los pagos y descuentos comerciales pueden servir tanto a los proveedores como a los distribuidores para reducir la competencia sobre el precio de compra e, indirectamente, sobre el precio de venta<sup>422</sup>. En particular, los proveedores pueden evitar la prohibición de precios de reventa mínimos mediante la negociación con los distribuidores de un precio de cesión elevado (que sirve de umbral de precio mínimo de venta minorista), a cambio de pagos comerciales compensatorios<sup>423</sup>. A menudo los efectos anticompetitivos verticales (precios mínimos de reventa) también pueden generarse efectos colusivos entre productores competidores<sup>424</sup>, así como efectos exclusionarios por saturación de lineales<sup>425</sup>. Estos efectos anticompetitivos redundan en precios inflacionistas para los consumidores<sup>426</sup>. Por ello,

<sup>417</sup> Dictamen Conseil de la Concurrence 2004, párrafos 16-17.

<sup>418</sup> Dictamen Conseil de la Concurrence 2004, párrafo 18.

<sup>419</sup> Dictamen Conseil de la Concurrence 2004, párrafo 26.

<sup>420</sup> Dictamen Conseil de la Concurrence 2004, párrafos 28-32.

<sup>421</sup> Dictamen Conseil de la Concurrence 2004, párrafos 33-34.

<sup>422</sup> Dictamen Conseil de la Concurrence 2004, Sección B.1. (*La préférence des partenaires commerciaux pour les négociations «à l’arrière»*), párrafos 37-40.

<sup>423</sup> Dictamen Conseil de la Concurrence 2004, Sección B.2. (*La pratique de prix de revente imposé*), párrafos 41-44.

<sup>424</sup> Dictamen Conseil de la Concurrence 2004, Sección B.3. (*La lisibilité des prix favorise la collusion entre marques concurrentes*), párrafos 45-50. El Conseil de la Concurrence mencionó su Décision 03-D-45 de 25 de septiembre de 2003, confirmada por la sentencia de 21 de septiembre de 2004 de la Corte de Apelación de París, contra Texas Instruments y Noblet (importador de Casio), como ejemplo de colusión de proveedores de calculadoras solares facilitada por la imposición de precios mínimos de venta.

<sup>425</sup> Dictamen Conseil de la Concurrence 2004, Sección B.4. (*L’éviction des concurrents par la saturation du linéaire*), párrafos 51-55. El Conseil de la Concurrence mencionó su Décision 04-D-13, de 8 de abril de 2004, sancionando a la empresa SOCIETE por un abuso de posición dominante consistente en haber negociado con los distribuidores pagos de referencia y descuentos de gama que excluían de los lineales a otros productores de queso roquefort.

<sup>426</sup> Dictamen Conseil de la Concurrence 2004, p. 12: “56. L’ensemble des pratiques décrites dans le paragraphe précédent a un effet à la hausse sur les prix. L’imposition d’un prix de revente minimal, la collusion entre deux marques concurrentes ou, au contraire, l’éviction de concurrents par une entreprise en position dominante qui sature les linéaires, sont en effet des comportements qui, en limitant la concurrence intramarque ou intermarque, favorisent la hausse des prix. 57. Par ailleurs, l’unicité du niveau du seuil de revente à perte pour tous les distributeurs conduit, d’une part à l’absence de pression sur les prix de vente au consommateur, sur le marché aval, d’autre part à l’absence de pression sur les prix de gros, sur le marché amont. Les distributeurs ne sont, en effet, plus incités à négocier des baisses de prix auprès de leurs fournisseurs.”



el Conseil de la Concurrence concluyó que un acuerdo encaminado a reducir los pagos comerciales tendrá efectos positivos sobre la competencia y los precios<sup>427</sup>.

Los pagos de referenciación son un ejemplo claro de conducta con efecto anticompetitivos<sup>428</sup>. El poder en el mercado minorista de la gran distribución ha transformado sus lineales en una infraestructura esencial (“essential facility”) para los proveedores y el acceso o no a la misma determina el éxito o fracaso de los proveedores. En otras palabras, la competencia de los productos en el mercado minorista por satisfacer las necesidades de los consumidores se ha transformado en una competencia por el acceso a los lineales de la distribución. Este escenario distorsiona los incentivos económicos de proveedores y grandes distribuidores para trabajar en beneficio de los consumidores. Por un lado, los proveedores deben concentrar su esfuerzo financiero en garantizar la referenciación del producto, más que en mejorarlo o hacerlo más atractivo en precio para los consumidores. Por otro lado, los grandes distribuidores convierten sus lineales en un mercado a monopolizar mediante pagos de referenciación, que pueden compensar una menor calidad o mayores precios para los consumidores cautivos. El Estudio ACCC 2008 recoge testimonios muy gráficos de los distribuidores a este respecto. El líder de la distribución minorista australiana (Coles) considera el acceso a sus lineales como un servicio cuyo valor económico viene representado por los pagos de referenciación<sup>429</sup>. Sin embargo, la principal enseña de distribuidores franquiciados (FoodWorks) rechaza su utilización porque favorecía a los proveedores financieramente más fuertes frente a los demás, independientemente del atractivo de sus productos para los consumidores<sup>430</sup>. Otro distribuidor que ha entrado

<sup>427</sup> Dictamen Conseil de la Concurrence 2004, p. 18 : “89. A l’inverse, un accord conduisant à une baisse du niveau des marges arrière devrait plutôt favoriser la concurrence, à la fois sur le marché amont et sur le marché aval, pour des raisons symétriques. Le transfert des marges de la distribution de l’arrière vers l’avant, qui devrait résulter d’un tel accord, serait un frein sérieux aux pratiques anticoncurrentielles décrites plus haut (cf. supra, §42 et suivants). En effet, la pratique de prix de revente imposé devrait devenir plus difficile, dans la mesure où les distributeurs auraient plus de mal à soutenir une marge avant nulle et un prix de vente aligné sur le seuil de revente à perte. Ainsi, ce transfert des marges vers l’avant devrait réintroduire un espace pour une concurrence par les prix entre distributeurs. Dans ce contexte où les fournisseurs ne maîtriseraient plus le prix de revente de leurs produits, la collusion entre marques concurrentes deviendrait bien plus difficile.”

<sup>428</sup> El Profesor Dobson asocia tres efectos anticompetitivos a los pagos de referenciación, Dobson, “Exploiting buyer power...”, *op. cit.*, p. 557: “Possible distortions to competition may work at three levels. First, there may be a discriminatory effect between own-label goods and branded goods if one category has to pay the fee while the other does not. Second, a possible foreclosure effect may arise if certain brands are able to bid in such a way as to squeeze out rivals, which might be deliberately facilitated by retailers eager to maximize the size of these payments. Third, a competition-dampening effect regarding retail prices may arise when producers are able to raise the prices they obtain to compensate for the one-off payments, which retailers then pass on to consumers through higher retail prices.”

<sup>429</sup> Estudio ACCC 2008, p. 339: “Coles wants products sold in its stores to be successful. Given that every product stocked by Coles occupies space that could be used to stock a different product, the choice of one product over another represents an opportunity cost to Coles. Consequently Coles needs a compelling reason to stock that product generally in the form of a reasonable degree of certainty that sufficient volumes of the product will be sold.”

<sup>430</sup> Estudio ACCC 2008, p. 339: “It is generally understood that unless a supplier pays the slotting fee (by whatever name that might be given) to the MSC, the products do not get on the shelf. FoodWorks does not have ranging fees. This [payment of slotting fees to MSCs] generally means the larger suppliers



recientemente en el mercado australiano con una estrategia de precios bajos (Aldi) describe los efectos anticompetitivos de los pagos de referenciación:

“In dealing with suppliers, we do not charge them slotting, or any other fees, in order for them to obtain product exposure. We consider such arrangements to be inconsistent with our low cost approach and incompatible with supplying our own exclusive brand products. Ultimately the customer will carry the cost of slotting fees in the form of higher prices and they may also miss the opportunity to obtain the best value product. With slotting fees and other supplier funded promotional activity, customers are not offered the best product but the product that is able to pay for placement.”<sup>431</sup>

En suma, los pagos comerciales a los distribuidores, así como las condiciones comerciales inequitativas, desleales o discriminatorias impuestas a los proveedores son susceptibles de constituir acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante. En relación a la identificación de estos pagos y condiciones, debe señalarse que si bien comercialmente pueden recibir múltiples denominaciones y descripciones, lo decisivo desde la perspectiva del derecho de la competencia es su naturaleza y efectos anticompetitivos. En el Estudio Competition Commission 2000 se identificaron provisionalmente 52 conductas que podían suscitar problemas de competencia<sup>432</sup>. Posteriormente, la Competition Commission procedió a un análisis más detallado de 42 conductas, clasificándolas en ocho tipos: (A) pagos o concesiones para acceder al lineal; (B) imposición al proveedor de condiciones relacionadas con otros distribuidores; (C) aplicación de estandares diferenciados a los proveedores; (D) imposición de riesgos excesivos/injustificados; (E) imposición de condiciones retroactivas; (F) restricción del acceso del proveedor al mercado; (G) imposición de tasas y transferencia de costes al proveedor; (H) imposición a los proveedores de suministradores de bienes y servicios elegidos por el distribuidor<sup>433</sup>.

En la categoría (A), se identificaron las siguientes conductas:

1. Exigencia de pagos de referenciación.
2. Exigencia de pagos por posicionamiento en el lineal.
3. Exigencia de pagos por ampliación del surtido de productos o su extensión a nuevos establecimientos.
4. Pagos de promoción de un producto en el establecimiento durante el año.
5. Discriminación entre proveedores, no relacionada con su tamaño, en relación a los plazos de crédito.
6. Desreferenciación de un proveedor o amenaza de hacerlo para obtener descuentos.
7. Comunicación formal o informal de desreferenciación al proveedor, retirada tras obtener un descuento en relación al producto afectado u otros.
8. Exigir al proveedor que contribuya a promociones específicas (gondola, publicidad, etc.) por encima del coste incurrido por el distribuidor.

get ‘ranged’ as they have the better ability to pay. This leads to less competition at supplier level as smaller players disappear.”

<sup>431</sup> Estudio ACCC 2008, p. 339

<sup>432</sup> Vid., Anexo 12.7 “Prácticas de la distribución en relación a sus proveedores (Reino Unido)”.

<sup>433</sup> Estudio Competition Commission 2000, p. 98.



En la categoría (B) se identificaron las siguientes conductas:

1. Exigencia al proveedor de exclusividad (en productos con marca del fabricante).
2. Influir sobre un proveedor que no suministre o aumente los precios aplicados a otro distribuidor con precios más bajos.

En la categoría (C) se identificó la siguiente conducta:

1. Venta por parte de un distribuidor de un producto cuya etiqueta indica un origen británico, o puede inducir a confusión sobre este aspecto, a pesar de que los consumibles proceden de otro país.

En la categoría (D) se identificó las siguientes conductas:

1. Exigencia de descuentos globales o anticipados.
2. Exigencia de descuentos retroactivos no fijados en el contrato.
3. Exigencia de pagos por incumplir expectativas de ventas o beneficios.
4. Exigencia de pagos para igualar los precios de otro distribuidor.
5. Exigencia de pagos para gestionar los residuos de los productos.
6. Exigencia de pagos o recompra a los proveedores por productos no vendidos o falta de pago una vez adquirida la propiedad.
7. Falta de compensación al proveedor de los costes incurridos por errores o cambios de pedido.
8. Exigencia de pagos por quejas de consumidores superiores a los costes incurridos por el distribuidor, o que no estaban relacionadas con un defecto del producto, o que no habían sido documentadas por escrito ante el proveedor.
9. Desreferenciación de un proveedor en caso de no entrega de la cantidad de producto acordada, debido a condiciones climáticas.
10. Solicitud al proveedor de información relativa a sus suministros y precios aplicados a otros distribuidores.
11. Exigencia al proveedor de un pago para compensar las ventas menores a las esperadas de una iniciativa promocional.
12. Exigencia al proveedor que asuma el coste de un envasado o etiquetado promocional sobrante cuando no se han alcanzado las ventas previstas.

En la categoría (E) se identificó las siguientes conductas:

1. Aplicación de deducciones a las facturas sin acuerdo del proveedor.
2. Retrasos en los pagos por encima de los plazos pactados o superiores a 30 días desde la emisión de la factura.
3. Exigencia de modificación de las cantidades o especificaciones de un producto contratado con el proveedor con menos de tres días de antelación sin compensar al proveedor por las pérdidas originadas.
4. Exigencia al proveedor de respetar el precio negociado para un determinado volumen de compra a pesar de adquirir un volumen inferior al pactado.



5. Compra voluminosa de productos a un precio promocional por el distribuidor para su reventa a un precio superior sin compensar al proveedor.
6. Aplicación de deducciones a las facturas o reclamar pagos por gasto en promociones superior a lo pactado, o que todavía no han tenido lugar, o que no habían sido documentadas y justificadas por el distribuidor.
7. Adopción por el distribuidor de una campaña de promoción sin conocimiento del proveedor y la exigencia retroactiva de su financiación.
8. Exigencia al proveedor de una reducción del precio de compra en relación a iniciativas de distribución y marketing ya contempladas o existentes en el contrato de suministro.

En la categoría (F) se identificó la siguiente conducta:

1. Desreferenciación de un proveedor en beneficio de la marca blanca más equivalente.

En la categoría (G) se identificaron las siguientes conductas:

1. Exigencia de pagos a los proveedores existentes o potenciales por visitas del distribuidor, presentación de productos y envases, paneles de consumo, investigaciones de mercado y hospitalidad a empleados del distribuidor.
2. Aplicación de deducciones o penalizaciones por discrepancias que no han sido identificadas en el contrato de suministro o no han sido documentadas y justificadas por escrito.
3. Exigencia de pagos de bodas, aniversario o de renovación.
4. Imposición de cambios en los procesos de la cadena de suministro que incrementan los costes de los proveedores sin compensarlos o compartir con ellos los ahorros obtenidos.
5. Aplicación de penalizaciones por no respetar las especificaciones del producto aun cuando el defecto puede haberse originado en el establecimiento (utilización inadecuada, almacenamiento incorrecto o excesivamente largo).
6. Exigencia al proveedor de la financiación mayoritaria de las campañas promocionales (por ejemplo, 2x1) del distribuidor.
7. Exigencia al proveedor que asuma los gastos de cambios en el código de barras o de etiquetas de precios reducidos.
8. Petición a los proveedores de contribuciones para organizaciones o eventos sin ánimo de lucro.

En la categoría (H) se identificaron las siguientes conductas:

1. Exigencia al proveedor de compra a terceros de bienes o servicios (transporte, palets, envases, etc.), en particular, cuando el distribuidor ha recibido compensaciones económicas del tercero y no ha informado de ello al proveedor.
2. Petición a terceros de no ofrecer sus servicios a un proveedor que ha cesado de contratar con el distribuidor.

Sin embargo, el Estudio Competition Commission 2000 no consideró necesario pronunciarse definitivamente sobre las conductas A.6 y A.7; B.1 y B.2; D.9 y D.10; E.1



y E.6; F.1; G.2 y G.5; y H.2, porque no había quedado acreditada su ocurrencia, su aplicación generalizada o, en algún caso particular, su efecto anticompetitivo<sup>434</sup>. En su análisis definitivo, la Competition Commission tampoco consideró necesario imponer condiciones en relación a las conductas A.4, A.5 y G.8<sup>435</sup>. Entre las conductas inicialmente identificadas para un análisis posterior, que finalmente no lo fueron, figuraban las siguientes:

1. Asignar a un proveedor la gestión de la categoría a cambio de una contraprestación económica.
2. Autorizar a un proveedor responsable de la gestión de la categoría la exigencia de contraprestaciones a otros proveedores por su presencia en el lineal.
3. Negar información sobre sus ventas a los proveedores mientras se ofrece al gestor de la categoría.
4. Exigir a un proveedor que reduzca los descuentos ofrecidos a otro distribuidor.
5. Exigir el pago de auditorías de calidad llevadas a cabo por el distribuidor por encima de sus costes.
6. Aplicar a los proveedores cláusulas de cliente más favorecido.

A excepción de los actos legítimos de desreferenciación de un producto, que son analizados más adelante, todas las conductas que fueron objeto de una evaluación final y las seis conductas anteriormente mencionadas que no lo fueron, podrían implicar un abuso de posición dominante, un acuerdo anticompetitivo e incluso una actuación de competencia desleal contraria a la LDC.

Por ejemplo, en relación a la conducta B.2 (influir sobre el proveedor para que aumente los precios a otro distribuidor), la Competition Commission dio cuenta de un incidente entre un distribuidor (Tesco) y una panificadora en relación a los precios menores observados en un establecimiento competidor suministrado por dicha panificadora pero lo consideró un incidente aislado fruto de un malentendido y no consideró acreditada su ocurrencia generalizada<sup>436</sup>. Sin embargo, no parece existir ninguna duda de su carácter anticompetitivo y de la conveniencia de una sanción en caso de demostrarse su existencia. Por ejemplo, en 2001 la ACCC consideró que uno de los principales distribuidores australianos (Safeway) había infringido la normativa de competencia al aplicar una política de desreferenciación de las panificadoras cuyos productos eran vendidos a un precio inferior a los aplicados en sus establecimientos, por cualquier otro distribuidor que no fuera uno de los dos grandes distribuidores restantes (Coles y Franklins). La desreferenciación de la panificadora terminaba cuando el distribuidor

<sup>434</sup> *Vid.*, Anexo 12.8 “Prácticas contrarias al interés público (Reino Unido)”. Las prácticas consideradas contrarias al interés público debían servir de inspiración a la “Office of Fair Trading” para adoptar un Código de Conducta vinculante, *vid.*, Sección 10.2 y Anexo 12.9 “Código de Conducta (Reino Unido).

<sup>435</sup> *Vid.*, Anexo 12.8.

<sup>436</sup> Estudio Competition Commission 2000, p. 109: “Tesco told us that it appeared that following customer complaints, its local store manager, who was no longer with the company, had spoken directly to the bakery about the price difference between Tesco and a nearby store. The bakery subsequently contacted Tesco’s Buying Manager to clarify the situation. The Buying Manager, who had been unaware of the situation at Tredegar, assured the bakery that Tesco would continue to carry its products, and would in no way attempt to dictate its trading terms with other retailers.”



rival cesaba de ofrecer sus productos al precio inferior al de Safeway, supuestamente por influencia o presión de la panificadora. Safeway alegaba que la desreferenciación solo ocurría cuando la panificadora no accedía a ofrecer un precio de cesión equivalente al recibido por el distribuidor rival, si bien durante la tramitación de su recurso quedó probado que Safeway sólo había solicitado precios de cesión inferiores en algunos casos y no en otros<sup>437</sup>. En un caso análogo, la autoridad de competencia israelí ha iniciado una investigación criminal contra una de las principales empresas de la distribución israelí (Shufersal), en relación a la desreferenciación de algunos productos que habían sido ofrecidos a mejor precio en establecimientos competidores<sup>438</sup>.

El Estudio ACCC 2008 también ha recogido denuncias informales de los proveedores en relación a muchas de las prácticas consideradas anticompetitivas por el Estudio Competition Commission 2008 y ha concluido que a pesar de las eficiencias que se les atribuyen, pueden generar efectos anticompetitivos: modificaciones unilaterales y retroactivas del contrato<sup>439</sup>, pagos de referenciación<sup>440</sup> y pagos de espacio en el lineal<sup>441</sup>, plazos de pago elevados<sup>442</sup>, condiciones comerciales (descuentos incluidos) agregadas para varios productos en el caso de los grandes proveedores<sup>443</sup>, cláusula de cliente más

<sup>437</sup> Sentencia del Tribunal Federal (apelación), *Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) v Australian Safeway Stores Pty Ltd*, 129 FCR 339, 2003.

<sup>438</sup> “Israel investigates leading supermarket”, Global Competition Review, 27 de enero de 2009.

<sup>439</sup> Estudio ACCC 2008, p. 338: “The inquiry heard evidence that, on occasion, the MSCs [major supermarket chains] attempt to recover some of the costs of product deletion, including the cost of marking down the product to clear stock from the supplier even though the ownership of the product has already passed to the MSC under previously agreed supply terms. The MSCs leverage the need for a supplier to maintain a distribution channel into a request for payments, which amounts to a unilateral variation of the supply terms. The ACCC considers that such practices are consistent with buyer power and lead to an inappropriate risk allocation in some circumstances.”

<sup>440</sup> Estudio ACCC 2008, p. 341: “The evidence presented to this inquiry is consistent with both efficiency and anti-competitive rationales for shelf space fees. The supply agreements provided to this inquiry on a confidential basis show that not all suppliers pay fees for new product introduction. This evidence is inconsistent with assertions that such fees seek to recover the costs of new product introduction and are thus efficient. Instead, it may be that such fees are mechanisms for buyers to extract additional payments from suppliers who do not have significant countervailing power.”

<sup>441</sup> Estudio ACCC 2008, p. 341: “Furthermore, the evidence indicates that some suppliers are able to negotiate more favourable shelf space locations. Such arrangements may have an efficiency basis and make it easier for consumers to find the leading products they wish to purchase. However, the arrangements may also reinforce existing brand strength by making it harder for weaker brands to attract consumers’ attention and thus compete with leading, or more profitable, brands.”

<sup>442</sup> Estudio ACCC, p. 348: “The MSCs clearly use their bargaining power in this sense when they are able to do so. The ACCC received confidential information that indicates that the MSCs have approached suppliers to advise that they intend to extend the periods for payment so as to standardise their terms. The ACCC understands that to reduce the settlement periods, suppliers will be required to provide an additional settlement rebate. The ACCC understands smaller suppliers have been told that if they do not either provide longer payment terms or additional rebates, they may lose their supply contract. Given the volumes of product that flow through the MSCs, and the distinct lack of alternative routes of sale particularly for dry grocery products, de-listing could quite possibly result in the overall failure of the product (and potentially the supplier company).”

<sup>443</sup> Estudio ACCC 2008, pp. 348-349: “In recent years, the MSCs in particular have moved from an approach of having a number of individual terms and rebates, to bundling or combining rebates... The trading term document often does not clearly explain exactly what factors have been taken into account in determining the bundled rebate... It appears from the documents provided to the ACCC that the vast majority of suppliers who currently operate on a bundled term basis with the retailers are large



favorecido<sup>444</sup>, transferencia de riesgos y costes a los proveedores<sup>445</sup>, y tratamiento favorable de sus marcas blancas en relación a las marcas de los proveedores<sup>446</sup>.

### 9.3.3 Gestión por categorías

En el ámbito de la distribución comercial, una “categoría” es un grupo de productos o de servicios que los consumidores perciben como interrelacionados y/o sustitutivos en la satisfacción de una necesidad. Asimismo, la gestión por categorías (“category management”) concibe las categorías como unidades estratégicas de negocios, estableciendo una estrategia de surtido, presentación, precio y promoción para cada categoría, a fin de alcanzar el máximo beneficio en cada una y de forma agregada. Tradicionalmente, los distribuidores han confiado la gestión (o co-gestión) de algunas categorías al principal proveedor en ella, denominado “capitán de la categoría” (“category captain”). El capitán recibe información generada en los puntos de venta del distribuidor sobre los hábitos de consumo y efectos dentro de la categoría de las promociones, posicionamiento en el lineal, descuentos, etc. La información derivada de las ventas del distribuidor y otras fuentes (estudios de consultoras especializadas, etc.) permite al capitán recomendar las marcas que conformarán la categoría y su posicionamiento en el lineal (planograma), así como sus promociones y sus precios.

La participación del proveedor en la gestión por categorías ha suscitado el interés de las autoridades de la competencia, sobre todo en Estados Unidos. La doctrina ha considerado esta práctica equivalente a “poner al zorro a guardar el gallinero”, debido al inherente conflicto de interés entre el distribuidor, deseoso de satisfacer la demanda de sus consumidores, y el proveedor, deseoso de maximizar su propio beneficio (no el de la categoría en su conjunto)<sup>447</sup>.

---

manufacturers.” La ACCC ha constatado que los grandes proveedores no tienen quejas en relación a esta práctica por lo que no ha considerado necesario analizarla en profundidad. Sin embargo, esta práctica es equivalente a una venta vinculada (tie-in) o conjunta (bundling) y, según las circunstancias, puede generar efectos excluyentes en relación a otros proveedores.

<sup>444</sup> Estudio ACCC 2008, p. 349: “The vast majority of trading terms provided to the ACCC contain a provision which requires suppliers to acknowledge they are providing the product to the retailer at the best possible price in the marketplace”

<sup>445</sup> Estudio ACCC 2008, p. 350: “Evidence has also been received from suppliers that costs associated with the supply of the products are being pushed back along the supply chain and ultimately incurred by suppliers. One example of such conduct, raised on numerous occasions during the course of this inquiry, is the introduction of reusable plastic crates for fresh fruit and vegetable products supplied to the MSCs. Many suppliers have indicated that the introduction of the crates has resulted in increased costs. Growers have noted that each of the MSCs use different reusable crates.”

<sup>446</sup> *Vid.*, Estudio ACCC 2008, Sección 16 (The role of private label products), analizado *infra* Sección 9.3.3.

<sup>447</sup> Leo S. Carameli, “The anti-competitive effects and antitrust implications of category management and category captains of consumer products”, Chicago-Kent Law Review, Volume 79-3, 2004, pp. 1316-1317: “Intuitively the Category Captain relationship is like the “fox guarding the henhouse”. Choosing which products to sell and how to price, shelve, and promote them is a job that most logically and traditionally belongs to the retailer itself, and not a manufacturer. After all, the manufacturer is concerned primarily with its own brands and has a vested interest in seeing competing products fail. The retailer, on the other hand, has a vested interest in maximizing overall profit in its stores, regardless of brand. It seems, then, that there is a fundamental difference between a Category Captain’s business goals and those of the retailer it serves. One logical conclusion, therefore, is that the retailer is the more appropriate party to perform category management tasks.”



El Estudio FTC 2001 sobre los pagos de referenciación y otras formas de cooperación comercial, también abordó la gestión por categorías. El grupo de expertos establecido por la FTC reconoció las posibles eficiencias de una gestión por categorías pero consideró que la participación de un proveedor como capitán de la categoría podía generar algunos efectos excluyentes o colusivos: (1) Acceso del capitán a información confidencial de sus competidores en la categoría; (2) recomendaciones incorrectas del capitán al distribuidor con el fin de excluir del mercado a sus competidores en la categoría; (3) facilitación de prácticas concertadas entre los proveedores de la categoría; y (4) facilitación de prácticas concertadas entre los distribuidores. El grupo de expertos convino en que los riesgos para la competencia podían minimizarse si el propio distribuidor gestionaba la categoría o el proveedor que actuaba como capitán establecía “murallas chinas” para impedir el flujo de información confidencial entre proveedores y distribuidores<sup>448</sup>. Poco después, un Tribunal Federal estadounidense condenó a un capitán de categoría (la empresa “US Tobacco”) a pagar la indemnización más alta concedida hasta entonces (1.050.000.000 \$) a un competidor (la empresa “Conwood”) por haber llevado a cabo las conductas anticompetitivas descritas en el número (2) anterior<sup>449</sup>. En 2004, un artículo del Comisionado de la FTC Thomas Leary reflejó una visión más crítica con la participación de los capitanes en la gestión por categorías, resaltando sus posibles efectos horizontales anticompetitivos<sup>450</sup>. En particular, consideraba que un capitán podía evitar conductas exclusionarias optando por conductas oligopolistas que beneficiaban a todos los proveedores y distribuidores en perjuicio de los consumidores:

“The fundamental premise of our antitrust laws is that consumers are ultimately best served by interbrand competition that is uncoordinated, unstable and unpredictable. If rival producers were to combine and rationalize their sales and promotion efforts, they would get indicted for it. I question whether it is any less harmful when a designated

<sup>448</sup> Estudio FTC 2001, p. 54: “The consensus of workshop participants was that category management can produce significant efficiencies that will benefit retailers, manufacturers and consumers. In some cases, category management, in particular the use of category captains, can also provide an opportunity for anticompetitive conduct. While these concerns are not so inherently serious as to call into question the entire practice of using category captains, the panel agreed that care should be exercised: (1) that the captain does not improperly receive confidential information about its rivals’ plans; (2) that the category captain does not bias its advice to the retailer in such a way that it effectively excludes or significantly disadvantages its competitors; (3) that the category captain does not orchestrate horizontal collusion among retailers; and (4) that the category captain does not orchestrate horizontal collusion among manufacturers. The potential for anticompetitive conduct is minimized when retailers make their own category management decisions, require category captains to establish firewalls, and limit the competitive information that goes to the category captain.”

<sup>449</sup> *Conwood Co., L.P. v. United States Tobacco Co.*, 290 F.3d 768 (6th Cir. 2002), cert. denied, 123 S. Ct. 876 (2003).

<sup>450</sup> Thomas Leary, “A Second Look at Category Management”, Conferencia de 17 de mayo, 2004, <http://www.ftc.gov/speeches/leary/040519categorymgmt.pdf>, pp. 2-3: “Some insist that category management should be analyzed as a vertical restraint, presumably because category managers are primarily suppliers to, not competitors of, the retail customers they advise. I believe the matter is more complex. In my view, the nature and context of the communication should control, not the formal relationship between the parties. In short, advice on the resale of the manufacturer’s own product should be viewed as vertical; advice on the resale of a competitor’s product should be viewed as horizontal.”



“captain” acts as a czar for the group -- even, or particularly, if the captain makes some effort to accommodate the interests of its competitors. The market will simply be less dynamic in the long run, something that is difficult to measure but reasonable to predict. (...). I personally continue to have grave concerns about certain aspects of category management. “Foreclosure” of competitors may not be the most important issue, but rather rationalization of interbrand competition to achieve market stability.”<sup>451</sup>

En 2005, tras una investigación de las relaciones comerciales entre proveedores y grandes distribuidores llevada a cabo en los años 2000-2002, la autoridad de competencia israelí adoptó su “Decisión final israelí 2005” en relación a diez conductas anticompetitivas en su Informe preliminar de 2003<sup>452</sup>. De esta forma un proveedor dominante (+50% de cuota de mercado) no podía ejercer ninguna influencia sobre los principales distribuidores en relación a sus relaciones comerciales con un proveedor competidor o su estrategia de marca blanca. En particular, los proveedores dominantes no podían negociar acuerdos que tengan efectos excluyentes (capacidad en el lineal, descuentos de grupo, etc.), ni influir sobre los precios a los que son vendidos sus productos o los de sus competidores. Asimismo, tampoco debía existir intercambio de información entre el proveedor y un distribuidor en relación a los precios y el volumen de producto del proveedor vendido en distribuidores competidores. Por otra parte, las principales empresas de la distribución debían gestionar sus categorías de manera independiente y estaban obligadas a prenotificar sus acuerdos de gestión por categorías para controlar su legalidad.

Por otra parte, a pesar de que los proveedores reclamaron una intervención de la autoridad de competencia israelí para controlar los posibles abusos de su poder de compra por parte de las principales empresas de la distribución y, en particular, el tratamiento favorable de sus marcas blancas frente a las de los proveedores, la autoridad de competencia no consideró apropiado hacerlo. En relación al poder de compra, la autoridad consideró difícil y costoso controlar las disputas comerciales entre proveedores y distribuidores aunque manifestó que no dudaría en aplicar la normativa de competencia si las conductas de los proveedores y distribuidores tenían como efecto

<sup>451</sup> Thomas Leary, “A Second Look at Category Management”, *op.cit.*, p. 6. *Vid.*, asimismo en p. 6: “A category captain is likely to have an interest in a regime that not only preserves its leading position but also avoids competition that will be “disruptive.” The captain would likely prefer to have its special product promotions separated in time and space from the promotions of its competitors, and to minimize the impact of an innovative new product. Retailers may also prefer to compete in the same orderly way with their own rivals. This kind of orderly competition within stores and across stores, may appear to be efficient in the short run because resources are not wasted on mutually cancelling efforts. (Short-run efficiencies may help to explain why category management is favored by many retailers, as well as by large suppliers.) On the other hand, orderly competition might stifle disruptive innovation that yields long-term benefits. In fact, I question whether arguments about the superiority of orderly competition are legally cognizable when horizontal restraints are involved.”

<sup>452</sup> *Vid.*, Anexo 12.10 “Decisión de la autoridad de competencia israelí”, una traducción inglesa de las diez obligaciones presentada por la autoridad de competencia en una conferencia “Antitrust and Category Captains, Roundtable Discussion”, National Press Club, Washington D.C., June 23, 2003, y recogidas en el informe sobre la conferencia preparado por el American Antitrust Institute (<http://www.antitrustinstitute.org/archives/files/270.pdf>).



la restricción de la competencia en precios<sup>453</sup>. En relación a las marcas blancas, la autoridad no consideró que representasen en ese momento un riesgo para la competencia<sup>454</sup>. Efectivamente, la autoridad de competencia ha iniciado recientemente una investigación criminal contra un gran distribuidor israelí en relación a una posible desreferenciación de proveedores cuyos productos habían sido ofrecidos a mejor precio por sus competidores<sup>455</sup>.

En el ámbito europeo, la gestión por categorías no ha sido analizada en profundidad. La Comisión Europea se limitó a señalar en su Libro Verde sobre las Restricciones Verticales, los posibles riesgos para la competencia derivados de la cooperación entre proveedores y distribuidores en la cadena de suministro<sup>456</sup>. El Estudio Competition Commission 2000, señaló el conflicto de interés inherente a la participación del proveedor principal en la gestión por categorías<sup>457</sup> y dio cuenta de los efectos exclusionarios denunciados por los restantes proveedores<sup>458</sup>. En sus conclusiones provisionales, la Competition Commission había considerado que tres conductas

<sup>453</sup> Decisión final israelí 2005, p. 42: “I am not unmindful of the potential anticompetitive effect of the retail chains’ buying power. In the past, I sent the retail chains an explicit warning not to exploit their power to stifle price competition in the retail-chain segment of the industry. Furthermore, the chains’ buying power was, and remains, an important consideration in the review of mergers in the chain-store industry, since merger law does not distinguish between a merger that creates monopoly power and one that creates monopsony power.”

<sup>454</sup> Decisión final israelí 2005, p. 44: “By the same token, there is no gainsaying that a competitor’s control of the arena of competition with its rivals many create a fertile environment for competitive concerns. I do not believe, however, that the private-label phenomenon reflects significant concern about competition, at least for the time being. Antitrust law is geared to preventing the creation or reinforcement of market power. A competitive scenario in which retail chains attain market power in private-label products by taking over the shelves is improbable.”

<sup>455</sup> *Vid., supra* Sección 9.3.2.

<sup>456</sup> Comisión, Green Paper on Vertical Restraints, COM (96) 721 final, 1997, párrafo 51: “From a competition perspective it is important to note that the shift from traditional arms’ length relationships towards relationships based on cooperation may weaken positive competitive forces within the supply chain, such as intra-brand competition. In addition, there is a greater potential for the domination of such a supply chain by one of its members than a traditional distribution channel, resulting in the imposition of functions and costs on the other operators in the chain (as opposed to the situation where all independent operators freely assign and integrate their functions on the basis of arms’ length negotiation). This is an important factor for EC Competition policy, particularly where the party responsible for the management of the supply chain is a large undertaking and the other parties are small and medium sized enterprises who are economically dependent on that supply chain, given that it may result in a substantial weakening of intra-brand competition and/or foreclosure of the supply chain to other producers in the same or related markets”.

<sup>457</sup> Estudio Competition Commission 2000, epígrafe 11.70: “This has problems, though, since determining the optimal profitability of the category for a retailer involves assessing the profitability of each line stocked and might result in removal of some of the category captain’s own brands or products. This could generate conflicts of interest and requires, therefore, a considerable degree of honesty and objectivity from the category captain.

<sup>458</sup> Estudio Competition Commission 2000, epígrafe 11.73: “Some suppliers raised concerns about category management. First, participation in category management may give privileged access to sales data to one supplier, compared with its competitors. Second, only the very largest suppliers would have sufficient resources to participate in projects simultaneously with all their major customers, giving them a potentially significant advantage. Some smaller suppliers were concerned that category management, and consequent consolidation practices by the main parties, were reasons for losing business, and could also act as a barrier to entry, especially for secondary and tertiary brands.”



relacionadas con la gestión por categorías podían generar efectos anticompetitivos, si bien no las había incluido en su valoración final: (1) Asignar a un proveedor de la gestión de la categoría a cambio de una contraprestación económica; (2) autorizar a un proveedor responsable de la gestión de la categoría la exigencia de contraprestaciones a otros proveedores por su presencia en el lineal; y (3) negar información sobre sus ventas a los proveedores mientras se ofrece al gestor de la categoría. Sin embargo, en sus recomendaciones para la adopción de un Código de conducta vinculante, la Competition Commission recomendó incluir una prohibición de discriminación en la información de ventas suministrada al capitán en relación al resto de proveedores y una prohibición de que el capitán decida sobre el espacio asignado a un producto<sup>459</sup>. El Estudio Competition Commission 2008 dedicó mayor atención a la participación de los capitanes en la gestión por categorías<sup>460</sup> y se refirió a los cuatro tipos de efectos anticompetitivos descritos en el Estudio FTC 2001<sup>461</sup>. En el plano empírico, se analizó la gestión por categorías en dos categorías de productos (fruta y yogures) y un proveedor multiproducto, confirmándose la existencia de (1) contactos, incluso periódicos, entre los proveedores de la categoría, con la aquiescencia del distribuidor y, en algunos casos, su participación en dichos contactos y reuniones<sup>462</sup>; (2) recomendaciones de precios de los proveedores a los distribuidores en las dos categorías<sup>463</sup>, y por parte del proveedor multiproducto<sup>464</sup>; (3) concentración del papel de capitán de la categoría de fruta de árbol en el mismo proveedor por parte de todos los grandes distribuidores a excepción de uno<sup>465</sup>; (4) información de un suministrador a todos sus proveedores sobre sus precios en relación a los precios del líder de la distribución (Tesco) durante un periodo de tiempo<sup>466</sup>; (5) suministro de información “extremadamente detallada” del proveedor multiproducto a sus distribuidores sobre las estrategias de los restantes distribuidores<sup>467</sup>; (6) análisis cuantitativos pretendidamente objetivos que parecen responder a un intento de promocionar sus propios productos, incluso por parte del capitán<sup>468</sup>; (7) recomendaciones de referenciación y desreferenciación de competidores por parte del capitán<sup>469</sup>. En opinión de la

<sup>459</sup> Estudio Competition Commission 2000, Conclusiones, epígrafe 2.593. El Código de Conducta, recogido en el Anexo 12.9, no recogió ninguna de estas recomendaciones. El Estudio Autoridades Nórdicas 2005 también abordó la gestión por categorías desde un plano teórico, recogiendo las conclusiones del Estudio FTC 2001.

<sup>460</sup> Estudio Competition Commission 2008, Sección 8, epígrafes 8.13-8.18 (el epígrafe 8.19 también recoge comunicaciones comerciales entre proveedores y distribuidores) y Apéndice 8.1.

<sup>461</sup> Estudio Competition Commission 2008, Apéndice 8.1, párrafo 15.

<sup>462</sup> Estudio Competition Commission 2008, epígrafes 8.16-8.17.

<sup>463</sup> Estudio Competition Commission 2008, Apéndice 8.1, párrafo 22. En la categoría de yogures, un proveedor promociona sus productos en referencia a los márgenes que los distribuidores obtendrán si siguen sus recomendaciones de precios (Anexo 3, párrafo 4).

<sup>464</sup> Estudio Competition Commission 2008, Apéndice 8.1, Anexo 2, párrafo 6.

<sup>465</sup> Estudio Competition Commission 2008, Apéndice 8.1, Anexo 1, párrafo 14.

<sup>466</sup> Estudio Competition Commission 2008, Apéndice 8.1, Anexo 1, párrafo 20.

<sup>467</sup> Estudio Competition Commission 2008, Apéndice 8.1, Anexo 2, párrafos 9 y 20.

<sup>468</sup> Estudio Competition Commission 2008, Apéndice 8.1, Anexo 3, párrafo 3.

<sup>469</sup> Estudio Competition Commission 2008, Apéndice 8.1, Anexo 3, párrafos 15-17. La Competition Commission considera que las recomendaciones incorrectas pueden hacerse con sutilidad, manipulando el planograma sin necesidad de sugerir expresamente la desreferenciación. Sin embargo, considera que el distribuidor puede reaccionar si empeora su posición relativa. La Competition Commission omite la posibilidad de que el capitán de varios distribuidores puede emplear a la vez la misma estrategia con todos y lograr su



Competition Commission, estas conductas podían facilitar una restricción de la competencia y sólo podían sustanciarse en ausencia de competencia efectiva en el mercado de la distribución minorista, si bien no habría podido acreditarlo<sup>470</sup>.

La posible utilización de la gestión por categorías para facilitar conductas colusivas en el mercado de aprovisionamiento y distribución minorista también ha sido objeto de discusión en la reunión de la OCDE sobre prácticas facilitadoras de los oligopolios<sup>471</sup>. En particular, la autoridad de competencia danesa ha sido informada de un acuerdo de gestión por categorías de un distribuidor cuya cuota ronda el 20% del mercado minorista danés y ha expresado serias dudas sobre su compatibilidad con la legislación de competencia, en vista de la elevada concentración de la distribución minorista<sup>472</sup>. Asimismo, la autoridad de competencia sudafricana ha señalado que esta investigando un posible abuso del capitán de una categoría y la autoridad de la competencia noruega ha ordenado a la consultora Nielsen que suministre sus datos de precios históricos de forma más agregada y con mayor decalaje temporal<sup>473</sup>.

#### 9.3.4 Marcas blancas

En los últimos años, los grandes distribuidores (Carrefour, Mercadona, Eroski, Auchan y el Corte Inglés) han adoptado una agresiva política de promoción de productos bajo su propia marca (“marca blanca”). De esta forma, los grandes distribuidores se han convertido en los principales competidores de los fabricantes en el mercado de la distribución minorista. En España las marcas blancas han experimentado un crecimiento notable hasta situarse a la cabeza de los países europeos.

---

propósito si no empeora la posición relativa de ninguno, tal como declaró acreditado el Tribunal Federal en el asunto *Conwood Co., L.P. v. United States Tobacco Co.*, 290 F.3d 768 (6th Cir. 2002).

<sup>470</sup> Estudio Competition Commission 2008, epígrafe 8.18: “The degree of interaction among suppliers arising from category management is a cause for concern. Given the level of interaction among suppliers, and the large amount of information that is passed between retailers and suppliers, there is an opportunity for competitive harm. Absent collusion downstream, a retailer would have the incentive to prevent collusion between suppliers. Category management might be a means by which collusion of this type is facilitated, but in the three product categories that we reviewed, we did not find evidence of this taking place.” Esta conclusión parece difícil de justificar a la vista de las pruebas de intercambio de toda clase de información comercial existentes en el Apéndice 8.1 y el flujo de información de los proveedores a los distribuidores sobre precios y campañas de sus competidores, descrito en el epígrafe 8.19: “Our review of emails between buyers at Tesco and Asda and their suppliers for the five-week period between 18 June 2007 and 22 July 2007 provided some instances of suppliers providing information to retailers in relation to rival retailers (see Appendix 9.1). The review consistently showed suppliers providing information to retailers on the current retail price at which competitors were selling goods, as well as details of current product promotions at competitors. There were also some examples where suppliers offered information to grocery retailers regarding the future plans of competitors. Our review did not, however, involve a search for evidence of any of these offers being accepted by grocery retailers. However, in some cases, the emails we reviewed showed an explicit rejection of an offer of information being made by a supplier.”

<sup>471</sup> OCDE, “Facilitating practices in Oligopolies”, Policy Roundtables, DAF/COMP (2008) 24, 5 de septiembre de 2008, Anexo 12.11 “Facilitating practices in Oligopolies (OCDE)”.

<sup>472</sup> Anexo 12.11.1 “Facilitating practices in Oligopolies (OCDE): Nota de la autoridad danesa”.

<sup>473</sup> Anexo 12.11.2. “Facilitating practices in Oligopolies (OCDE): Debate sobre la gestión por categorías”.



Según la estimación del Profesor Dobson, en 2001, la cuota de mercado en valor de las marcas blancas era del 17% en España, una penetración moderada en comparación con otros países<sup>474</sup>.

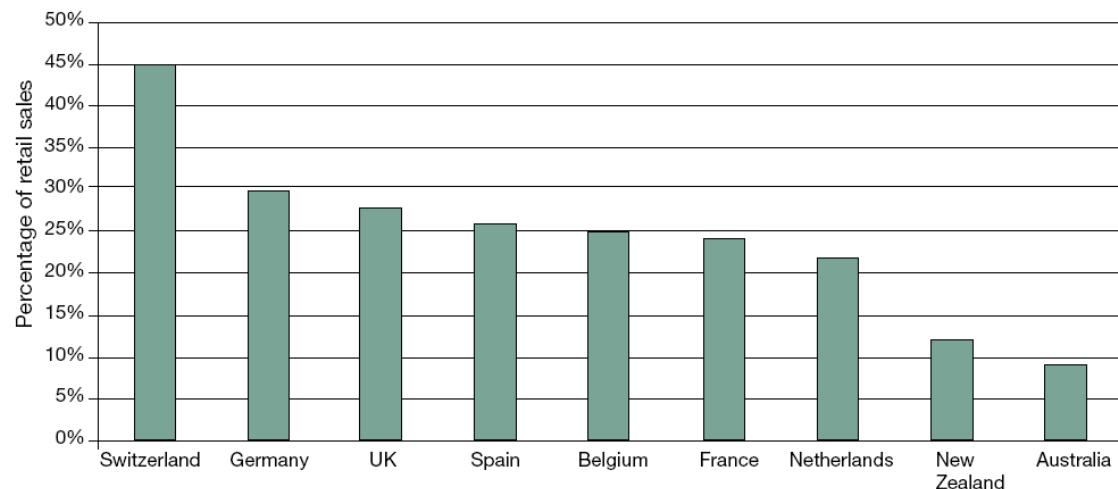
**Market Share of Own-label Products, Various Countries 2001<sup>61</sup>**

Country	Volume (1) %	Value (2) %	(1) / (2) %
Belgium	36.4	26.9	135
France	24.3	20.8	116
Germany	31.0	24.0	129
Italy	12.8	11.1	115
Netherlands	20.7	18.6	111
Spain	23.6	17.0	138
GB	41.0	39.0	105
USA	20.0	15.5	129

Fuente: Dobson, “Exploiting buyer power...”, p. 551.

Sin embargo, según el Estudio ACCC 2008, en 2005 la penetración de las marcas blancas en España había aumentado hasta el 26% de cuota de mercado en términos de valor.

**Chart 16.1 Value shares of private labels in retail sales, various countries, 2005**



Fuente: Estudio ACCC 2008, p. 363.

Los datos del Anuario Nielsen 2008 muestran una tendencia general al alza de las marcas blancas y un liderazgo en diversas categorías de productos, en las que han alcanzado una posición de dominio dentro de cada establecimiento<sup>475</sup>. Asimismo, según los datos más recientes, provenientes de la consultora especializada “Information

<sup>474</sup> Dobson, “Exploiting Buyer Power...”, p. 551.

<sup>475</sup> Vid., Anexo 12.12, “Cuota de mercado de las marcas de la distribución (Nielsen, 2008)”. Las cuotas de mercado alcanzan niveles muy superiores en diversas categorías de productos y sólo en el sector de bebidas tienen una presencia marginal, debida probablemente a la presencia de derechos de propiedad industrial y know-how de carácter secreto.



Resources Inc. (IRI)”, entre septiembre de 2007 y el mismo mes de 2008, las enseñas respaldadas por la gran distribución han crecido más de un 8% hasta alcanzar el 32% de las ventas totales del sector, frente al 29,6% de hace un año. De esta forma, España es el país con mayor penetración de la marca blanca, por delante de países como Alemania (31%), Holanda y Reino Unido (27%), Francia (26%); e Italia (13%)<sup>476</sup>. Si la marca blanca de Eroski representaba aproximadamente un 30-35% de sus ventas en 2007<sup>477</sup>, la presencia de la marca blanca de Mercadona alcanza el 35% de sus ventas en 2008 y acaba de anunciar una desreferenciación masiva de marcas de fabricantes que tendrá como consecuencia un reforzamiento de su marca blanca<sup>478</sup>.

Desde una perspectiva de derecho de la competencia, las autoridades han apreciado que la introducción de marcas blancas puede tener efectos ambiguos sobre la competencia<sup>479</sup>. Por un lado, la integración vertical del distribuidor puede generar mayor eficiencia (ahorro de costes de transacción) y competencia en el mercado de los fabricantes y de la distribución (diferenciación de productos). Por otro lado, la integración vertical sitúa al distribuidor en una posición privilegiada (juez y parte) frente al resto de los fabricantes, transformándose así en un agente doble que puede perjudicar a los productos del fabricante y beneficiar los suyos<sup>480</sup>. La distribución tiene

<sup>476</sup> “Las marcas blancas se imponen en el supermercado español”, El Mundo, 25.01.2009. El artículo de prensa destaca que a diferencia de países como Alemania, el mercado “hard discount”, tradicionalmente asociado a la marca blanca, no está muy desarrollado en España, y atribuye la primacía el liderazgo de la marca blanca en España a la alta concentración minorista: “El gran liderazgo de la marca blanca en España está directamente ligada a la fuerte concentración de la distribución minorista.Tres grandes grupos: Carrefour, Eroski y Mercadona controlan ya el 59% de toda la alimentación envasada que se vende en el país, según datos de la consultora Nielsen”. Una estimación posterior de IRI (actualizada a 28 de diciembre de 2008) sitúa la penetración de la marca blanca en el 34,8% del mercado.

<sup>477</sup> “Eroski, una cesta familiar”, El País, 20.05.2007: “En la actualidad, las marcas propias suponen el 29% de la facturación del grupo, pero se elevan hasta casi el 35% si se tienen en cuenta otros productos correspondientes a líneas especiales de productos, también bajo la marca Eroski.”

<sup>478</sup> “Mercadona expulsa a las grandes marcas de sus supermercados”, Cotizalia, 26.01.2009: “Según explican desde la propia compañía, se han establecido tres criterios -rotación, necesidad y duplicidad- para discriminar la llegada de productos a sus puntos de venta”. La duplicidad parece referirse a la existencia de productos de marca blanca sustitutivos de los productos de marca del fabricante.

<sup>479</sup> Estudio ACCC 2008, p. 371: “As noted previously, the competitive effects of buyer power are ambiguous. However, a number of potential competition concerns associated with buyer power arising from private label products have been raised at this inquiry, including: retailers may allocate premium shelf space to their own brands in preference to competing suppliers, which could affect competition at the retail level; branded products may be de-listed to make way for private labels, which could affect competition at the supply level; private labels may weaken incentives for product innovation; the impact of ‘copycat packaging’ of private labels.”

<sup>480</sup> Dobson, “Exploiting Buyer Power...”, *op. cit.*, p. 537: “Brand producers face an additional problem when retailers act as potential “double-agents” and seek to develop own-label products in direct competition with producer brands while still serving as the brand producer’s customer. The key point here is that retailers have unilateral control over stocking, shelf allocation, and retail pricing. Thus, they are able to promote own-label products at the expense of manufacturers’ brands (e.g., by better shelf placement and judicious use of prices) and there is little direct response that brand producers can make (in view of their inability to control in-store activity or boycott a major retailer. The threat to a branded goods supplier is twofold: the retailer can, if it so chooses, undermine the supplier’s branded products, e.g., by placing them in less well-located shelf positions, raising their retail prices, or even substituting them for its own-label products (which can be given the appearance of offering better value to consumers). This can afford the retailer a large and credible bargaining lever over the branded goods supplier while



la última palabra en relación a la presencia de un producto de marca de fabricante en sus lineales y, en particular, su presentación y precio. Este poder puede tentar a la distribución a llevar a cabo una estrategia gradual y sutil de sustitución de los productos de marca del fabricante. Por ejemplo, el Estudio ACCC 2008 ha detectado que algunos distribuidores han rechazado pagos promocionales ofrecidos por los proveedores con el objetivo de proteger las ventas de sus productos de marca blanca<sup>481</sup>. La ACCC considera que la realización de este tipo de prácticas por parte de empresas con poder de mercado constituye un abuso de posición dominante<sup>482</sup>.

En un mercado competitivo, las empresas de la distribución que lo desean, tienen libertad para integrarse verticalmente y competir con los fabricantes en igualdad de condiciones para satisfacer los deseos de los consumidores, aunque ello implique desreferenciar los productos de un proveedor para hacer sitio a los productos de su propia marca. En ausencia de una posición dominante individual o colectiva en los mercados de aprovisionamiento y distribución minorista, las eficiencias derivadas de una integración vertical aguas arriba de la distribución pueden compensar la desaparición de algunos proveedores de sus lineales y redundar en una mayor competencia en el mercado de fabricantes e, indirectamente, en el mercado minorista. Sin embargo, en presencia de una posición dominante individual o colectiva, la integración vertical puede desembocar en conductas abusivas y acuerdos que restringen la competencia y perjudican a los consumidores<sup>483</sup>. En particular, la valoración de los efectos sobre la competencia de las marcas blancas no puede disociarse de las prácticas de la distribución en relación a los precios de cesión y los pagos comerciales. El incremento de los pagos comerciales disminuye la competencia en los precios de cesión (que deben financiar los pagos comerciales) y, automáticamente, en los precios minoristas de los distribuidores. A su vez, este incremento de precios ofrece un amplio margen para posicionar marcas blancas de menor precio. Estas marcas blancas implican

---

allowing it to promote its own franchise with consumers, using own-branded goods to reinforce the retailer's brand image in consumers' minds as the "consumers' champion."

<sup>481</sup> Estudio ACCC 2008, p. 372: "Confidential evidence presented to this inquiry suggests that a desire to protect sales of private labels does sometimes lead a retailer to maintain branded prices despite the suppliers' wish to price more competitively through the provision of additional promotional payments. However, this evidence is not necessarily inconsistent with the MSCs' position that not every promotional proposition that is put to them is accepted."

<sup>482</sup> Estudio ACCC 2008, p. 377: "The inquiry has heard evidence indicting that MSCs generally accept increased promotional funding and pass through the funding to retail prices, although in limited circumstances this funding had been declined. The ACCC notes that there are risks of breaching s. 46 of the Act if promotional funding from a rival supplier of a proprietary brand is rejected in order to protect a private label product. Section 46 of the Act is directed at preventing firms with substantial market power from taking advantage of that market power for the purpose of eliminating or substantially damaging a competitor, preventing market entry or deterring or preventing competitive conduct in a market."

<sup>483</sup> El Documento de Trabajo Artículo 82 TCE, Sección 5.3, pp. 21-23, también diferencia entre abusos horizontales y verticales. Los principios de análisis de los abusos verticales han sido explicitados en las Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, Comisión Europea, Diario Oficial, C 265/6, 18/10/2008. En particular, párrafo 60: "la Comisión examina, primero, si la entidad resultante de la concentración tendría la capacidad de bloquear el acceso a los mercados descendentes reduciendo sus compras a sus rivales ascendentes, segundo, si tendría el incentivo para reducir sus compras ascendentes, y tercero, si una estrategia de cierre del mercado tendría un importante efecto perjudicial para los consumidores en el mercado descendente"



la desaparición de las marcas de fabricante secundarias o su transformación en marcas blancas y refuerzan el poder de compra de la distribución frente a los proveedores referenciados<sup>484</sup>. El mayor poder de compra puede utilizarse para reclamar mayores pagos comerciales, que a su vez deben ser compensados con mayores precios de cesión, lo que en última instancia facilita el crecimiento en volumen y/o en valor de las marcas blancas.

Si bien hasta ahora el reforzamiento mutuo de una posición dominante en el mercado minorista y en el mercado de aprovisionamiento se había asociado a la exclusión de otros distribuidores, la aparición de las marcas blancas y el riesgo de exclusión de proveedores más atractivos para el consumidor que las marcas blancas, puede agravar significativamente los efectos anticompetitivos asociados a los pagos y condiciones comerciales. Efectivamente, si bien éstos pueden distorsionar la competencia, generando barreras de entrada que protegen a las marcas líderes, las marcas blancas conllevan un riesgo de eliminación de toda competencia en el mercado de aprovisionamiento<sup>485</sup>.

En suma, las empresas que disfrutan de una posición dominante colectiva en los mercados de aprovisionamiento y distribución minorista pueden subcontratar la producción de un producto bajo su marca blanca (integración parcial) pero deben garantizar una igualdad de oportunidades a las marcas del fabricante frente a sus propias marcas, para que sea la decisión del consumidor la que determine el éxito y la rentabilidad de un producto. Sólo así se garantiza el bienestar de los consumidores, evitando que los grandes distribuidores decidan unilateralmente los productos que deben ser consumidos.

Las medidas adoptadas para evitar comportamientos oligopolistas en forma de pagos y condiciones comerciales injustificados y el consiguiente aumento de los precios de

<sup>484</sup> Decisión Kesko/Tuko, párrafo 152: “Moreover, recent developments in retailing will enhance the buying power of the merged entity. In particular, private label development is a key element in the power wielded by retailers vis-à-vis branded daily consumer goods producers. It enables retailers, who are inevitably privy to commercially sensitive details regarding the branded goods producers’ product launches and promotional strategies, to act as competitors as well as key customers of the producers. This privileged position increases the leverage enjoyed by retailers over branded goods producers.”

<sup>485</sup> Hipótesis extrema ya adelantada en el Estudio Dobson 1999, p. 4: “The contrary view to this benign picture is that buyer power may ultimately damage economic welfare. Although it may lead to lower prices in the short run, there may be longer term detrimental effects resulting from buyer power. In the context of retail grocery markets the effects may be to force manufacturers to reduce investment in new products or product improvements, advertising and brand building, and eliminate secondary brands and weaken primary brands while strengthening the position of private-label (store) brands, and in the process cause wholesale prices to small retailer to rise, further weakening them as competitors. In other words, buyer power may have the effect of considerably distorting both retail and producer competition. The fear is that ultimately competition in food retailing would be between a small number of fully integrated retailers supplying private-label only. This would mean reduced choice and, depending on the nature of competition between these exclusively dealing integrated retailers, possibly higher prices.”(subrayado del TVDC)



cesión deben servir asimismo para generar una igualdad de oportunidades entre las marcas del fabricante y las del distribuidor en relación a su distribución minorista<sup>486</sup>.

En primer lugar, la desaparición de los pagos y condiciones comerciales injustificados debe situar a los fabricantes de marcas propias en posición de competir intensamente en los precios de cesión frente a los fabricantes de marcas blancas<sup>487</sup>.

En segundo lugar, debe asegurarse una igualdad de oportunidades en relación a la gestión de la categoría (surtido, posicionamiento en el lineal, etc.). En el pasado, las autoridades de competencia prestaron atención a los posibles abusos exclusionarios de los capitanes y los efectos colusivos de la participación de los proveedores en la gestión por categorías. La presencia de la marca blanca en los lineales era inexistente o testimonial, por lo que no se consideraba al distribuidor como un competidor del proveedor. A lo sumo, algún autor señalaba el riesgo de que el capitán de la categoría abusase de su posición para excluir del mercado a la marca blanca del propio fabricante<sup>488</sup>. Sin embargo, en la actualidad las marcas blancas detentan cuotas de mercado significativas en numerosas categorías y compiten intensamente con las marcas del fabricante por el espacio en el lineal y por atraer las preferencias del consumidor. Por ello, al riesgo de que el capitán de la categoría desarrolle estrategias de exclusión o colusorias debe añadirse otro riesgo potencialmente más peligroso para la competencia: el riesgo de que ahora sea el distribuidor el que abuse de su poder de mercado para excluir a la marca del fabricante en beneficio de su propia marca o para reducir la competencia entre las marcas de la categoría, sin generar ningún beneficio para los consumidores<sup>489</sup>. En un entorno de intensa competencia minorista, la gestión de la categoría por el propio distribuidor es una garantía de que el surtido, la presentación y los precios respondían a las preferencias de los consumidores. Sin embargo, en un entorno de competencia imperfecta caracterizado por el poder de mercado de las grandes empresas de la distribución (posición dominante colectiva) y la presencia de

<sup>486</sup> Directrices sobre concentraciones verticales, párrafo 60: “El bloqueo de clientes puede adoptar diferentes formas. Por ejemplo, la entidad resultante de la concentración puede decidir que su división ascendente suministre todas las mercancías o servicios que necesita y, en consecuencia, puede dejar de comprar a sus competidores ascendentes. Puede también reducir sus compras a los rivales ascendentes o comprarles en condiciones menos favorables que las que existirían si no se produjese la concentración [nota a pie: Por ejemplo, cuando interviene la distribución, es menos probable que la entidad resultante de la concentración permita acceder a sus puntos de venta en las mismas condiciones que si no existiera la concentración].”

<sup>487</sup> *Vid.*, Dobson, “Exploiting buyer power…”, p. 557. Uno de los tres efectos anticompetitivos de la exigencia de pagos de referenciación y otros pagos comerciales es su efecto discriminatorio, puesto que las marcas blancas no deben hacer frente a esos pagos exigidos por el distribuidor a sus proveedores.

<sup>488</sup> Robert A. Skitol, “Consolidation and the Private Label Sector: Antitrust Enforcement Policy Developments”, American Antitrust Institute, 2002, p. 20: “To the extent that a brand manufacturer in its role as category captain persuades its retail partners to abandon their plans to price or promote private label goods aggressively against the branded products, or there is any coordination of the plans in these areas, the parties could easily be found to be engaged in illegal collusion”.

<sup>489</sup> Thomas Leary, “A Second Look at Category Management”, *op. cit.*, p. 4: “Experienced counselors also point to complicating factors, which present potential horizontal issues even more clearly and which may therefore be particularly dangerous for retailers. These include situations where a manufacturer and dealer discuss sales strategy for both the manufacturer’s brand and the retailer’s private label brand, which compete head-to-head.”



marcas blancas, la gestión de la categoría por el distribuidor presenta los mismos o mayores riesgos de conflicto de interés y resultados competitivos subóptimos que la gestión de la categoría por un proveedor con poder de mercado.

En suma, la gestión de la categoría debe ir encaminada a cumplir su finalidad originaria, aumentar la rentabilidad de la categoría, y no a aumentar la rentabilidad de la marca del fabricante (o de un proveedor determinado). El aumento de la rentabilidad de la categoría refleja un aumento del bienestar del consumidor mientras que el aumento de la rentabilidad de la marca blanca refleja una reducción del bienestar del consumidor y, al implicar también una transferencia de rentas de marcas más eficientes a la marca blanca, una reducción del bienestar total (suma del bienestar de los consumidores y del bienestar de los productores). Para ello, al igual que el capitán de la categoría, el distribuidor con poder de mercado debe realizar una gestión de categoría objetiva y no discriminatoria para respetar la normativa de competencia.

Esta objetividad puede presumirse si la gestión de la categoría se realiza por un departamento distinto al que gestiona la marca blanca o un experto independiente, cuyo informe “pericial” podría asimismo servir de referencia para evaluar el respecto de los principios de objetividad, no discriminación y competencia por parte del distribuidor.

Asimismo, otras conductas que pueden considerarse abusivas y contrarias a la normativa de competencia son las siguientes:

1. Exigencias injustificadas de planes estratégicos o planes de I+D y la exigencia con excesiva antelación de planes e información confidencial sobre nuevos productos, que podría dar una ventaja competitiva a la marca blanca del distribuidor<sup>490</sup>.
2. Utilización de la imagen del proveedor en beneficio de la marca blanca competidora (por ejemplo, “copycat packaging”)<sup>491</sup>.
3. Vincular la relación comercial de la marca del fabricante a la producción de marcas blancas<sup>492</sup>.
4. Rechazar una propuesta de financiación de reducción de precios del proveedor encaminada a promocionar un producto, a fin de no perjudicar la posición competitiva en precio de la marca blanca

<sup>490</sup> Estudio ACCC 2008, p. 376: “The inquiry has been told that suppliers typically share their new product plans with MSCs at annual reviews. This may give MSCs a head start in being able to copy those products compared with other rivals. However, suppliers have not raised concerns about the competitive effect of the requirement to share new product plans in advance with MSCs, nor has the inquiry heard evidence that suppliers have reduced their product innovation as a consequence.”

<sup>491</sup> Estudio ACCC 2008, p. 371.

<sup>492</sup> Estudio ACCC 2008, p. 371: “An additional competition concern considered by this inquiry is whether MSCs tie the allocation of shelf space for proprietary brands to the winning of a private label contract. The ACCC considers that if this were the case, retailers may be able to extract excessive discounts for private label contracts from suppliers, leading to higher barriers to entry at the supply level.”



#### 9.4 Conclusiones del mercado de aprovisionamiento

El análisis del mercado español de aprovisionamiento de bienes de consumo diario indica la existencia de una posición dominante colectiva de las tres empresas líderes en el mercado de la distribución minorista: Carrefour, Mercadona y Eroski. Cada una de ellas alcanza o se aproxima al “umbral de viabilidad” (20% de las ventas de los proveedores) que determina que la Comisión asocia a la imposibilidad económica de sustitución de un distribuidor, y supera ampliamente el “umbral de dificultad” (5-10% de las ventas de los proveedores) que confiere poder de negociación frente a los proveedores y ha sido utilizado por la Competition Comisión para verificar la existencia de una posición dominante colectiva<sup>493</sup>. Además de una elevada concentración, el mercado de aprovisionamiento reúne las condiciones que hacen posible comportamientos oligopsónicos: transparencia de precios de cesión, capacidad de disuasión frente a comportamientos competitivos e incapacidad de otras empresas y los proveedores de contrarrestar comportamientos colusivos<sup>494</sup>.

Si bien la adquisición de una posición dominante, individual o colectiva, no es sancionable, sí lo es cualquier manifestación abusiva de la misma. En este caso, Carrefour, Mercadona y Eroski han recurrido a diversas estrategias para reducir la competencia entre ellas en el mercado de aprovisionamiento y beneficiar sus marcas blancas en perjuicio de las marcas de los proveedores. Si el mercado de la distribución minorista se caracterizase por una competencia perfecta o simplemente efectiva, las empresas deberían competir intensamente en la negociación de los precios más bajos en el mercado de aprovisionamiento para poder trasladarlos a sus clientes. Sin embargo, una vez que las empresas de la distribución minorista han asumido su mutua dependencia y las ventajas asociadas a una menor competencia en precios, la estrategia oligopolista por excelencia en el mercado de aprovisionamiento es la sustitución de la competencia en la negociación de precios con los proveedores por una generación de rentas cuasimonopolistas a través de pagos y condiciones comerciales equivalentes. Esta reducción de la competencia en los precios de compra no tiene efectos negativos para ellas en el mercado minorista debido a su estructura oligopolista de precios, y les permite generar rentas cuasimonopolistas en forma de pagos comerciales de proveedores y una mayor penetración de su marca propia no justificada necesariamente por una mayor calidad/precio. Esta estrategia colusiva produce un doble perjuicio en el bienestar de los consumidores. En primer lugar, la reducción de la competencia en los precios de compra mayorista se refleja (automáticamente, por efecto de la normativa de venta a pérdida) en una reducción de la competencia en los precios minoristas. En segundo lugar, los pagos y condiciones comerciales abusivos impuestos a los proveedores y el tratamiento favorable a sus marcas blancas genera una restricción de la competencia en el mercado de fabricantes y una menor variedad/calidad de productos.

Por otra parte, las cuotas de mercado reducidas de las centrales verticales de Auchan y El Corte Inglés no parecen justificar la extensión de la dominancia colectiva a estas

<sup>493</sup> *Vid.*, el origen comunitario de los diferentes “umbrales” en Sección 9.1. *supra* y una discusión del tratamiento de los “umbrales” en diferentes jurisdicciones y su relevancia para el mercado español en Sección 9.2.1. En particular, el Estudio Competition Commission 2000 fijó el umbral de posición dominante colectiva en el 8% del mercado de aprovisionamiento.

<sup>494</sup> *Vid.*, Sección 9.2.



empresas por el momento. Asimismo, si bien las centrales de compras IFA y Euromadi tienen unas cuotas de mercado significativas, su estructura no integrada (horizontal) y la libertad de contratación externa de sus miembros parece limitar sus ventajas competitivas a la negociación de precios de compra ventajosos (descuento por volumen), sin extenderse a los pagos y condiciones comerciales ni al tratamiento favorable de la marca blanca.

Por ello, y en línea con el principio de intervención mínima, el TVDC considera que la puesta en práctica de los remedios sugeridos en este Estudio y, en particular, las modificaciones de las conductas de Carrefour, Eroski y Carrefour en relación a sus proveedores, serán suficientes para generar una dinámica competitiva en el mercado de aprovisionamiento que evite cualquier abuso no sólo por las tres empresas líderes, sino también por parte de sus competidores inmediatos (Auchan, El Corte Inglés, IFA, Euromadi, etc.). Sin embargo, si estudios o procedimientos sancionadores posteriores revelasen que alguno de estos competidores goza de poder de mercado y desarrolla alguna de las conductas prohibidas a Carrefour, Mercadona y Eroski, podría ser incluido en el grupo de empresas que disfrutan de una posición dominante colectiva.



## 10 Remedios

Los remedios necesarios para solucionar los fallos competitivos identificados en el mercado de la distribución minorista y de aprovisionamiento deben garantizar la libre competencia sin cuestionar el tamaño de las empresas ni sus eficiencias. En el pasado, la dificultad de arbitrar soluciones eficaces contra las barreras legales, la colusión tácita y el poder de compra han sido esgrimidos para justificar la pasividad de las autoridades de la competencia en este campo. Sin embargo, debe reivindicarse el Derecho de la Competencia como un sistema completo de organización de la libre competencia en el mercado que puede y debe abarcar los oligopolios y el mercado de la distribución minorista, tal como han propuesto diversos especialistas en este campo<sup>495</sup>.

La intervención de las autoridades de competencia debe guiarse por el principio de intervención mínima, que exige una proporcionalidad de los remedios elegidos. Por ello, debe priorizarse la supresión de las restricciones legales, el control de las conductas abusivas o facilitadoras de la colusión tácita y sólo excepcionalmente abordar los casos de monopolización unilateral de mercados locales. En este sentido, conviene recordar las palabras del extinto TDC en relación a las barreras legales destinadas a promover la competencia que producen efectos antagónicos:

“Una regulación incorrecta puede originar problemas iguales o superiores a los que pretende solucionar. Los posibles fallos de mercado no justifican la discriminación y protección de una forma de distribución minorista frente a otra si se perjudica la competencia. De hecho, la corrección de las deseconomías externas y de los posibles monopolios geográficos debería realizarse con una normativa rigurosa pero sencilla, rápida, poco costosa, que redujese lo máximo posible la discrecionalidad, que permitiera el aprovechamiento de los efectos externos positivos de las grandes superficies, minimizara los negativos y redujera, en lugar de consolidar, el poder de los monopolios geográficos, regulando a favor de la competencia y, en último término, de los consumidores.”<sup>496</sup>

Por otra parte, en vista de la interrelación entre el mercado de aprovisionamiento y de la distribución, es necesario actuar sobre ambos mercados para evitar la dinámica anticompetitiva del “efecto bola de nieve”.

<sup>495</sup> Dobson, “Retailer Buyer Power in European Markets”, *op. cit.*, pp. 27-28: “Existing policy measures and law have thus far had little effect in restricting retail buyer power. Economic dependency laws have generally been ineffective in protecting suppliers subjected to opportunistic behaviour by powerful retailers. Competition authorities have only in a few cases sought to prohibit retailer-induced vertical restraints. Moreover, authorities have generally shown little appetite for blocking retailer mergers thereby allowing for further retail consolidation. The present EC competition framework, represented by EC Treaty Articles 81 and 82, remains the most effective way of tackling abusive buyer power. Yet in regard to interpretation, dominant and jointly dominant retailer positions should be seen as emerging not simply from overall market shares but relative to the extent of supplier dependency. Similarly, in regard of buyer-induced vertical restraints account needs to be taken of not just the individual share of each retailer employing these restraints but their collective share (given that cumulative effects are likely to exacerbate anti-competitive outcomes).”

<sup>496</sup> Informe Caprabo/Alcosto, p. 68.



## 10.1 Remedios en el mercado minorista

Este Estudio propone los siguientes remedios: (A) suprimir las restricciones legales (barreras de entrada, normativa de venta a pérdida y normativa de horarios comerciales), (B) prohibir las conductas anticompetitivas de las empresas y las administraciones en materia de suelo; (C) prohibir las cláusulas de cliente más favorecido; (D) prohibir las conductas que impidan nuevas formas de negocio independientes en Internet; y (E) realizar un análisis más exigente de las concentraciones de la distribución minorista.

### 10.1.1 Supresión de restricciones legales

Las barreras legales, por su carácter preceptivo, son el principal factor restrictivo de la competencia en un mercado. En el ámbito español de la distribución comercial, tanto los organismos internacionales como los nacionales han denunciado repetidamente que las barreras legales a la entrada y crecimiento de establecimientos comerciales, en particular las grandes superficies, son el principal factor inflacionario y distorsionador de la competencia. Asimismo, la normativa de comercio que prohíbe la venta a pérdida restringe la competencia en precios y facilita la colusión tácita.

#### 10.1.1.1 Normativa de comercio contraria a la Directiva de Servicios

La legislación nacional y autonómica en materia de comercio ha constituido durante años uno de los sistemas legales más restrictivos de la competencia en Europa. La entrada en vigor de la Directiva de Servicios suprimirá las restricciones legales fundadas en criterios económicos y proteccionistas. Por lo tanto, las restricciones legales a la entrada y expansión de establecimientos comerciales y, en particular, grandes superficies, sólo serán admisibles si responden a razones imperiosas de interés general y se aplican de manera proporcionada y no discriminatoria.

Las autoridades de competencia pueden ejercer un control sobre la justificación de las restricciones legales adoptadas y su proporcionalidad, elaborando en su caso informes con recomendaciones. En este campo, las autoridades deberán actuar coordinadamente con la Comisión, adoptando en la medida de lo posible una interpretación uniforme de la Directiva de Servicios.

El TVDC propone constituir un grupo de trabajo con la CNC y el resto de autoridades de competencia autonómicas para el seguimiento y control de la legislación nacional y autonómica que influya sobre la implantación de grandes superficies comerciales. En particular, el TVDC propone denunciar las actuaciones administrativas, incluyendo Planes Territoriales Sectoriales (PTS), que fijen límites cuantitativos, aun por razones urbanísticas. Asimismo, el TVDC propone recabar la opinión de la Comisión en relación a la justificación y proporcionalidad del principio de primacía del comercio urbano sobre el periurbano.

#### 10.1.1.2 Planeamientos urbanísticos anticompetitivos

En la actualidad, la obtención de una segunda licencia comercial de ámbito autonómico, no garantiza la implantación o ampliación de un gran establecimiento. El planeamiento urbanístico local puede impedir o retrasar durante años la ejecución del proyecto,



actuando de esta forma como una barrera legal tan dañina como la segunda licencia comercial.

El TVDC propone que el grupo de trabajo de las autoridades de competencia<sup>497</sup>, de oficio o a instancia de denuncias de empresas afectadas, controle los planeamientos urbanísticos que pueden restringir la competencia en el ámbito de la distribución comercial de manera injustificada o desproporcionada. El grupo de trabajo debería ofrecer su colaboración y asesoramiento a los ayuntamientos para facilitar el cumplimiento de las disposiciones de la Directiva de Servicios y la LDC. En última instancia, la CNC en todo el ámbito nacional y los órganos de competencia autonómicos en su ámbito geográfico de actuación, pueden recurrir ante los tribunales contencioso-administrativos los planeamientos urbanísticos y comerciales que no respeten la Directiva de Servicios y la libre competencia.

#### 10.1.1.3 Normativa de venta a pérdida

El artículo 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) establece que la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos:

- “a) Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.
- b) Cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajeno.
- c) Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.”

El enunciado del artículo 17 de la LCD exige unas condiciones rigurosas para prohibir la venta a pérdida, rigurosidad plenamente justificada porque la libertad de precios y, en particular, la libertad de ofrecer precios atractivos a los consumidores es un elemento esencial del libre mercado. Sin embargo, el artículo 14 de la LORCOMIN ha flexibilizado estas condiciones de forma que (1) el precio de adquisición según factura; o (2) el precio de reposición si es inferior a aquél; o, (3) el coste de producción de la marca blanca, establecen indirectamente el precio mínimo de reventa, que sólo puede ser rebajado para alcanzar el precio de un competidor significativo (“meeting competition defence”):

“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior (referido a la libertad de precios), no se podrán ofertar ni realizar ventas al público con pérdida, fuera de los supuestos regulados en los capítulos IV y V del Título II de la presente Ley, a menos que, quien la realice, tenga por objetivo alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar, significativamente las ventas o se trate de artículos perecederos en las fechas próximas a su inutilización. En todo caso deberá respetarse lo dispuesto en la Ley sobre Competencia Desleal.

2. A los efectos señalados en el apartado anterior, se considerará que existe venta con pérdida: cuando el precio aplicado a un producto sea inferior al de adquisición según

<sup>497</sup>

*Vid.*, Sección 10.1.1.1.



factura, deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en factura, o al de reposición si éste fuese inferior a aquél o al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante, incrementados, en las cuotas de los impuestos indirectos que graven la operación...”

La introducción del artículo 14 de la LORCOMIN perseguía diversos objetivos: (1) Eliminar los inconvenientes de orden valorativo del artículo 17 LCD; (2) Establecer una prohibición objetiva de la venta a pérdida; (3) Incluir tal conducta anticompetitiva dentro de la potestad sancionadora de la Administración; (4) Disponer de sanciones administrativas especiales ante reincidencia; y (5) Evitar que las empresas eluden la obligación legal a través de intermediarios en las compras (Disposición Adicional 6<sup>a</sup> de la LORCOMIN).<sup>498</sup>

Asimismo, la prohibición de deducir todos aquellos descuentos que no figuren en la factura de compra deja fuera a todos los descuentos o contraprestaciones abonados por el proveedor al distribuidor relacionados con la cooperación comercial. Por lo tanto, el precio según factura siempre es necesariamente mayor y tiene como efecto aumentar el precio mínimo de reventa.

En suma, la regulación de la venta a pérdida prevista en la LORCOMIN no protege ni a los consumidores ni a los competidores (para eso son suficientes la LCD y la LDC) y, contrariamente, facilita la colusión de los proveedores y distribuidores sobre el precio de reventa en perjuicio de los consumidores. Este resultado puede observarse implícitamente en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2001 (TSJ Castilla-La Mancha)<sup>499</sup>. En esta sentencia se sustanciaba un recurso de Eroski en relación a una sanción administrativa por reventa a pérdida en un hipermercado de su propiedad en Ciudad Real.

Eroski alegaba que había negociado con el proveedor diversos descuentos con anterioridad a la emisión de las facturas y que, en todo caso, su no inclusión en la factura era responsabilidad del proveedor. El TSJ Castilla-La Mancha rechaza este argumento taxativamente, exhibiendo un profundo conocimiento de las relaciones proveedores-distribuidores y del poder de compra asociado a los pagos comerciales:

“Por otra parte se percibe en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista una preocupación por acotar la noción, delimitándola de manera muy precisa, asegurando que no pueda diluirse con prácticas comerciales habituales en los sectores de la venta y distribución realizada de manera masiva o por grandes empresas que pueden beneficiarse de su posición en el mercado para eliminar a otros competidores, ya que pueden negociar - cuando no imponer- a los proveedores condiciones más beneficiosas desde el punto de vista del beneficio empresarial. De esta forma el apartado segundo establece claramente que a los efectos señalados en el

<sup>498</sup> Teresa Sánchez Armas, “La venta con pérdida: marco jurídico”, Subdirectora General de Comercio Interior, Ministerio de Industria Comercio y Turismo.

<http://www.mapa.es/ministerio/pags/observatorio/pdf/ponencia2.pdf>

<sup>499</sup> Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2001, Sala Contencioso Administrativo, Sentencia 28 de febrero de 2001, Rec. 657/1998.



apartado anterior, se considerará que existe venta con pérdida, cuando el precio aplicado a un producto sea inferior al de adquisición según factura, deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en la misma, o al de reposición si éste fuese inferior a aquél o al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante, incrementados, en las cuotas de los impuestos indirectos que graven la operación. Delimitación positiva y negativa que a la vez impide que puedan tomarse en consideración como pretende la ahora recurrente descuentos no incluidos en la factura, como lo que pretende hacer valer.

En rigor, se trata no tanto de descuentos sino de condiciones o beneficios derivados de una relación comercial duradera que implica prestaciones complejas entre las partes que exceden de lo que se califica ordinariamente como compraventa mercantil para entrar en figuras jurídico contractuales diferentes surgidas de la rica experiencia del moderno tráfico empresarial, que contemplan los denominados rappel o descuentos que se contemplan al final de un período y que se practican sobre un determinado volumen de ventas, teniendo en cuenta otros aspectos como la promoción o publicidad de los productos o servicios, estimándose que este tipo de prácticas comerciales entre proveedores y empresarios distribuidores y expendedores no debe afectar en perjuicio de la protección del consumidor hasta el extremo de que el propio precepto en su punto 3 ordena que “No se computarán, a los efectos de la deducción en el precio a que se refiere el párrafo anterior, las retribuciones o las bonificaciones de cualquier tipo que signifiquen compensación por servicios prestados”.

Terminante disposición esta última que abona el rechazo de la tesis de la demanda en la medida en que en rigor no se está invocando descuentos que en mayor o menor medida inciden sobre el precio de los productos desde el punto de vista de los intereses del consumidor sino beneficios derivados de relaciones empresariales complejas que no deben perjudicar la correcta formación del consentimiento contractual en perjuicio de los consumidores y usuarios acerca del correcto nivel de los precios de un determinado empresario o establecimiento, de manera que este tipo de prácticas deben computarse únicamente a efectos del beneficio global de la actividad empresarial concebida en términos modernos y amplios.” (subrayado del TVDC)

Finalmente, el TSJ Castilla-La Mancha también hace referencia a la imposibilidad de modificar las facturas admitidas por el destinatario transcurrido un plazo de tiempo:

“En cualquier caso la Ley - tras su modificación por Ley 55/1999 de 29 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, no aplicable al supuesto enjuiciado por razón de la fecha de comisión de los hechos - regula de manera muy precisa la modificación de facturas para evitar el fraude y la occultación de estas prácticas colusorias, señalando que “Las facturas se entenderán aceptadas en todos sus términos y reconocidas por sus destinatarios, cuando no hayan sido objeto de reparo en el plazo de los veinticinco días siguientes a su remisión. En el caso de que no sean conformes se dispone sobre la anterior un plazo adicional de diez días para su subsanación y nueva remisión de la correspondiente factura rectificada. A los efectos de lo dispuesto en este artículo, no se tendrán en cuenta las modificaciones contenidas en facturas rectificativas emitidas en fecha posterior a los plazos indicados.”



Si bien la valoración jurídica del TSJ Castilla-La Mancha es irreprochable, la estructura competitiva oligopolista de la distribución comercial propicia que esta normativa tenga un efecto letal sobre la competencia. Efectivamente, la ausencia de competencia en la distribución comercial y el poder de compra de las grandes empresas facilitan una reducción de competencia (colusión tácita) respecto a los precios de cesión reflejados en las facturas, que a su vez sirve como mecanismo de fijación de precios de reventa supracompetitivos para todos los competidores.

En otros países, también se ha puesto de manifiesto los efectos anticompetitivos de la normativa de venta a pérdida y se han arbitrado medidas encaminadas a su supresión:

En Irlanda, un estudio del Gobierno irlandés (2005) concluyó que la normativa de venta a pérdida elevaba los precios de los bienes de consumo, lo que motivó su derogación en 2006. En su posterior informe de evaluación, la autoridad de la competencia irlandesa concluyó que la abolición de la normativa de venta a pérdida había tenido efectos positivos sobre los precios de los bienes de consumo<sup>500</sup>.

En Francia, el Informe Attali 2008 ha puesto de manifiesto que la normativa de venta a pérdida ha inducido a los distribuidores y proveedores a negociar pagos comerciales no vinculados al precio de cesión, reduciendo así la competencia en precios y ha propuesto su derogación<sup>501</sup>.

Por ello, el TVDC propondrá la supresión del artículo 14 de la LORCOMIN durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal para la mejora de la protección de consumidores y usuarios, en aras a la transposición en derecho nacional de la Directiva 2005/29 de Prácticas Comerciales Desleales. En este sentido, conviene destacar que el Informe preceptivo del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) al Anteproyecto de Ley por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal para la mejora de la protección de consumidores contiene la misma recomendación<sup>502</sup>.

---

<sup>500</sup> Irish Competition Authority, “Grocery Monitor Report 1”, Abril de 2008.

<sup>501</sup> Informe Attali 2008, p. 145 : “Dans le but d’assurer une concurrence plus loyale dans la vente au détail, notamment à l’égard du commerce de détail, la loi du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l’équilibre des relations commerciales, dite «loi Galland», a défini avec précision le seuil de revente à perte. Si les pratiques de vente à perte ont bien été dissuadées de façon plus efficace qu’auparavant, la définition du seuil de revente à perte a également permis aux distributeurs de négocier leurs rabais, remises et autres prestations de «coopération commerciale» sur un tarif «horsfacture». Ces différentes réductions de prix constituent la «marge arrière» des distributeurs. Ne pouvant bénéficier aux consommateurs (puisque elles ne sont pas retranscrites sur le prix de facturation du fournisseur et que leur intégration dans le prix de vente au consommateur constituerait une pratique de vente à perte), elles ont contribué à une diminution de la concurrence entre distributeurs et entre fournisseurs, et donc à une hausse significative des prix.”

<sup>502</sup> CGPJ, Informe al Anteproyecto de Ley por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal para la mejora de la protección de consumidores, pp. 23-24: “El espíritu y fundamento de la prohibición del art. 14 [LORCOMIN] se encuentra en la protección de los consumidores, proscribiendo prácticas que pudieran resultar engañosas para sus intereses. Toda vez, que el Anteproyecto presentado introduce en la redacción de la Ley de Competencia Desleal la definición general de los actos de engaño y de las conductas que por engañosas con los consumidores han de reputarse desleales, parece adecuado reconsiderar la posible duplicidad que pudiera crearse, con el consiguiente riesgo de confusión en la determinación de la legislación aplicable, así como la inseguridad



#### 10.1.1.4 Restricciones de horarios comerciales

Las restricciones legales relacionadas con los días y horarios de apertura restringen la competencia y perjudican a los consumidores. El TVDC recomienda la supresión de las restricciones legislativas en este campo, en línea con las recomendaciones de la Comisión y del TDC/CNC<sup>503</sup>. Asimismo, el TVDC considera que los acuerdos entre empresas encaminados a limitar su autonomía empresarial en relación a estos parámetros de competencia son asimismo restrictivos de la competencia y deben ser prohibidos si las empresas no justifican sus efectos beneficiosos para la competencia y los consumidores. Del mismo modo, la articulación de estos acuerdos mediante convenios colectivos con sindicatos no implica de ningún modo la legalización de estos acuerdos restrictivos y, por el contrario, puede extender la responsabilidad infractora también a los sindicatos firmantes de los mismos.

#### 10.1.2 Conductas anticompetitivas en materia de suelo

Más allá de su mención como barrera económica o estratégica en el análisis de concentraciones<sup>504</sup>, la posible saturación del mercado de la distribución minorista en ámbitos locales no ha sido analizada por las autoridades de competencia. Sin embargo, las características especiales del mercado del suelo es susceptible de facilitar prácticas monopolistas y oligopolistas en el mercado de la distribución minorista<sup>505</sup>. Economistas como Mason Gaffney han puesto de manifiesto que el control de emplazamientos óptimos desemboca en poder de mercado<sup>506</sup>. Asimismo, el mercado de suelo es poco transparente y su transmisibilidad presenta rigideces que generan un proceso de excesivo acaparamiento de suelo en vista a futuras actividades, desembocando en una distorsión del mercado y resultados agregados económicamente ineficientes<sup>507</sup>. En el

---

que introduce en los operadores jurídicos, sin olvidar la ocasión que ofrece para la incoherencia normativa.”

<sup>503</sup> Vid., asimismo, comparecencias del Presidente del TVDC de 10 de abril y 30 de junio de 2008 ante la Comisión de Industria, Comercio y Turismo del Parlamento Vasco.

<sup>504</sup> Vid., Informe Carrefour/Promodès, p. 61.

<sup>505</sup> Adam Smith fue el primero en identificar el carácter monopolista de la propiedad del suelo, al señalar que el propietario del suelo recibe rentas monopolistas porque no están relacionadas con el coste de su generación sino con la capacidad del arrendador de satisfacerlas, Adam Smith, *The Wealth of Nations*, Edimburgo, 1776, Book 1, Chapter XI. Asimismo, diversos economistas adscritos a la “land economics”, han subrayado el carácter especial del suelo en relación al resto de activos económicos (capital y trabajo), entre los que destaca Henry George, creador de la escuela llamada Georgista. Defensor del libre mercado y contrario al proteccionismo comercial y los monopolios legales, sin embargo consideraba que la propiedad del suelo (recursos naturales) y las rentas monopolistas extraídas de él eran económicamente ineficientes, generadoras de pobreza y susceptibles, por lo tanto, de ser socializadas mediante medidas fiscales: Henry George, *Progress and Poverty*, Doubleday, Page & Co., New York, 1879. Junto a ellos, destacan los especialistas de la economía industrial que han estudiado las ventajas estratégicas de la “localización” de los emplazamientos en mercados de competencia imperfecta, mencionados en la Sección 8.2.4.1.3 *supra*.

<sup>506</sup> Mason Gaffney, “Land as a Distinctive Factor of Production”, Nicolaus Tideman (ed.), *Land and Taxation*. Shepheard-Walwyn (Publishers) Ltd., London, 1994, p. 76: “Land of rare and limited qualities is often the basis of market control: retail sites, rights-of-way, rare ores, water rights, are familiar examples.”

<sup>507</sup> Mason Gaffney, “Land...”, *op. cit.*, p. 77: “A common precaution against sticky markets is buying excess land for possible future expansion. This behaviour makes markets that much more sticky. It is one of those things that necessitates and justifies itself, considered in the aggregate: it is self-



ámbito de la distribución minorista, Mason Gaffney destaca que el excesivo acaparamiento de suelo destruye las economías de costes asociadas al almacenamiento de bienes de consumo diario<sup>508</sup>. Asimismo, los costes económicos de este acaparamiento se incrementan cuando resulta necesario comprar lotes de terrenos individuales para conformar un lote de entidad suficiente que permita una actividad económica<sup>509</sup>. Por último, debe tenerse en cuenta las diversas restricciones legales que condicionan la propiedad y el uso del suelo<sup>510</sup>, algunas de ellas impuestas contractualmente por las propias empresas a fin de restringir la competencia<sup>511</sup>. El Estudio OCDE 2008 ha puesto de manifiesto la necesidad de una mayor vigilancia de las autoridades de competencia en relación a la adquisición de suelo y las restricciones contractuales relacionadas con el suelo<sup>512</sup>. Esta vigilancia preventiva evitaría actuaciones “ex post” frente a saturaciones unilaterales de mercado por parte de empresas con poder de mercado.

En suma, las características particulares del suelo hacen que su propiedad sea una fuente natural de poder de mercado. En particular, el acaparamiento de suelo es una actividad económica de suma cero<sup>513</sup> (la ganancia de una empresa, en términos de terrenos, implican una pérdida de oportunidades económicas para otra). El carácter de recurso limitado del suelo puede desembocar en estrategias encaminadas a monopolizar el suelo

---

aggravating and self-authenticating. When anyone buys and holds for his own future expansion, everyone has to: it is a positive feedback loop of possessiveness run wild.”

<sup>508</sup> Mason Gaffney, “Land...”, *op. cit.*, p. 78: “The composite result of individuals buying for future contingent need is that the market in raw land is turned to glue. It ceases to serve the median person in time of need. The effect is a species of vertical integration and, like all vertical integration, it destroys the free market in raw materials and vastly inflates the aggregate need for holding raw materials. This is because the pooling effect that is otherwise provided by the market is neutralized. For example, the grocer obtains, stores and keeps a wide variety of food and sundries on tap for thousands of customers. Lacking a grocer, each customer would have to maintain her own stores, and the aggregate required would far exceed that in the common grocery store. A good land market would likewise keep land on tap for the contingent needs of all, greatly lowering aggregate needs.”

<sup>509</sup> Mason Gaffney, “Land...”, *op. cit.*, p. 78: “In certain ecotones (zones of change of land use) the technical need is to assemble small parcels into larger ones, as where commerce, industry and high rise are moving into a district of single homes on small lots. This condition maximizes market failure. It normally takes years to assemble an optimal parcel: one holdout can spoil years of negotiating and financing. Straw buyers and front men are used to keep principals and their intentions secret. Speculators are everywhere, trying to assemble large plots or hold up other buyers.”

<sup>510</sup> Mason Gaffney, “Land...”, *op. cit.*, p. 79: “Land is traditionally subject to a host of legal and customary limits on use and ownership”.

<sup>511</sup> Mason Gaffney, “Land...”, *op. cit.*, p. 82: “Some lands are sold or leased with covenants against competition, as Gimbel’s Department Store holds a covenant on a lot adjoining its parent store on 3rd Street and Wisconsin Avenue, Milwaukee. Such anticompetitive arrangements, however blatant, are intra-state, and apparently immune from sanctions under US Federal anti-trust laws. Scholars of industrial organization, many of them doing outstanding work otherwise, pay these grass-roots matters little heed. Researchers and activists concentrate on commodity markets at national and world levels – the ones subject to Federal sanctions, such as they are. They could probably find more severe and blatant market failure in local land markets.”

<sup>512</sup> *Vid., supra nota 294.*

<sup>513</sup> Mason Gaffney, “Land...”, *op. cit.*, p. 79: “Expansion is zero-sum: Amassing land is always done, can only be done, by shrinking the holdings of others. To expand is to preempt. If A is to have more than B, C, D *et al.* must have less, there is no other way.”



disponible para excluir del mercado a empresas competidoras<sup>514</sup>. Asimismo, a diferencia del monopolio sobre el “capital”, el monopolio sobre el suelo puede perdurar en el tiempo de manera indefinida<sup>515</sup>.

Las características del suelo (bien escaso) y el carácter esencial del parámetro “localización” para la distribución minorista exigen un nuevo enfoque de las autoridades de competencia en este campo. La evolución del mercado de la distribución minorista en España y otros países ha demostrado fehacientemente que el control de concentraciones no es suficiente para prevenir la emergencia de mercados locales altamente concentrados<sup>516</sup>. Por ello, deben arbitrarse medidas frente al acaparamiento de terrenos o proliferación de establecimientos con efectos anticompetitivos. En la misma línea, la Competition Commission ha decidido prohibir en el Reino Unido el acaparamiento de terrenos sin utilizar, la venta o alquiler de terrenos con restricciones de uso y los acuerdos de exclusividad en mercados locales altamente concentrados (3 o

---

<sup>514</sup> Mason Gaffney, “Land...”, *op. cit.*, pp. 80-81: “Massed control of land is the most natural base for monopolizing markets because land is limited. Buying land always does double duty: when A expands he ipsofacto preempts opportunities from B. For example, a chain of service stations with most of the best corners in a town has market power, the more so if it also holds a large share of oil sources, of refinery sites, of “offset rights” to pollute air, transmission rights of way, harbour sites, and other such limited lands. Preemption is not always just a by-product of expansion; it may be the main point of a business strategy. For example, in 1993 Builders’ Emporium, a large chain of California hardware stores with large parking lots in good locations, closed down and sold out. The sites were bought up by a grocery chain. According to news reports, the stores remain empty today; the land idle. The purpose is to keep the sites from Ralph’s, a competing grocery chain. The social purpose and rationale for private property and land markets is to get land into its best use. When preemption overrides use, market failure is total; private property is discredited.”

<sup>515</sup> Mason Gaffney, “Land...”, *op. cit.*, p. 81: “If monopoly were based simply on owning a particular form of capital, all the other capital in the world could be converted into the monopolized form each time it is liquidated and the proceeds are reinvested. The same is not true of land, whose specialized qualities are permanent (see A-3 and B-10). Land with differentiated special qualities is fixed... This quality makes land a natural basis for oligopoly control of markets, or attempts at control... The fixity of land also lends itself to stability of association among oligopolists. People come and go; capital turns over, flows in and out; corporations, partnerships and syndicates are collapsed, merged, refinanced, bankrupted and reorganized. Land remains: it is always in the same place, unmisakeably identifiable and findable.”

<sup>516</sup> *Vid.*, Estudio Competition Commission 2008, epígrafe 11.28: “We do not consider it sufficient to rely on the existing merger control regime to prevent the emergence or strengthening of highly-concentrated local markets since the merger control regime can apply only when a grocery retailer acquires a trading store from a competitor. However, it does not apply in situations where a grocery retailer acquires a store that has been closed for some time, or moves into a newly developed store. We note that the merger control regime has not been sufficient to prevent the emergence of highly-concentrated local markets to date”; y Dictamen Conseil de la Concurrence 2007, párrafo 91, p. 22: “Une entrée plus facile pourrait toutefois également bénéficier aux grands groupes de distribution déjà présents sur le marché et les aider à renforcer les positions qu’ils détiennent au niveau local. Il ressort du bilan effectué ci-dessus (cf. notamment paragraphe 49), que la loi Royer et la loi Raffarin ont plutôt encouragé qu’empêché la constitution de ces groupes et renforcé les positions dominantes locales. Parallèlement, le contrôle des concentrations, dont le rôle est justement d’éviter notamment la création ou le renforcement de positions dominantes, s’est révélé en partie inadapté compte tenu des spécificités du secteur de la distribution, en dépit des réformes mises en place avec la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001”.



menos empresas competidoras en el mercado de grandes superficies)<sup>517</sup>. Asimismo, ha propuesto implantar un Test de Competencia (“Competition Test”) para prevenir ex ante la proliferación de establecimientos de una misma empresa en el mismo mercado local con efectos anticompetitivos<sup>518</sup>. El Test de Competencia se aplicaría a los proyectos de establecimiento o ampliación de grandes superficies (más de 1.000 metros cuadrados). En virtud de este Test de Competencia, se autorizaría el establecimiento o ampliación de una gran superficie comercial, si en una isócrona de 10 minutos de desplazamiento en coche:

- Es el primer establecimiento de la empresa (nueva entrada en el mercado); o
- Existen tres o más grandes superficies competidoras; o
- Existen dos o menos grandes superficies competidoras pero la cuota agregada de la empresa será inferior al 60%.

La implantación del Test de Competencia fue recurrida por la principal empresa de la distribución, Tesco. El 4 de marzo de 2009, el Competition Appeal Tribunal (CAT) estimó el recurso de Tesco, al considerar que la Competition Commission no había justificado suficientemente la forma en que el Test de Competencia permitiría compensar el coste para los consumidores (en términos de bienestar) de la falta de crecimiento de las empresas incumbentes con la implantación de otros competidores. En suma, el CAT consideró que la Competition Commission no había justificado apropiadamente que el Test de Competencia reduciría la concentración de los mercados locales en un plazo razonablemente corto<sup>519</sup>. En todo caso, el CAT dejó la puerta abierta a la adopción del Test de Competencia, con los razonamientos o las modificaciones pertinentes<sup>520</sup>.

<sup>517</sup> *Vid.*, Estudio Competition Commission 2008, epígrafe 7.83: “In addition to the undeveloped land (or land bank sites) that we discuss in paragraphs 7.72 to 7.74, we also take into account in our analysis three other means by which grocery retailers can control land. These are: land owned or leased by a grocery retailer and leased or sub-leased to a third party; restrictive covenants; and exclusivity arrangements. When a grocery retailer with a strong position in a highly-concentrated local market exercises control over a landsite, it makes entry more difficult for a competing retailer allowing the incumbent retailer to continue to benefit from its position.” Los remedios en relación a cada restricción en material de suelo son descritos profusamente: restrictive covenants (epígrafes 11.137 a 11.182); exclusivity arrangements (epígrafes 11.183 a 11.230); land bank sites (epígrafes 11.232 a 11.243); and leases to third parties (epígrafes 11.244 a 11.249).

<sup>518</sup> *Vid.*, Estudio Competition Commission 2008, epígrafe 11.27: “We see the competition test remedy as an important complement to our remedies in relation to controlled land and multiple stores (see paragraphs 11.136 to 11.268). While those remedies address barriers to entry in existing highly-concentrated local markets, the competition test will prevent the emergence of areas of highly-concentrated local markets or the strengthening of strong local market positions in the future.”

<sup>519</sup> Sentencia del CAT de 4 de marzo de 2009, 1104/6/8/08 *Tesco Plc. v. Competition Commission* (“Sentencia Competition Test”). Las tres principales rivales de Tesco - Asda, Marks & Spencer y Waitrose- se personaron en apoyo de la Competition Commission.

<sup>520</sup> Sentencia Competition Test, párrafos 169-173, en particular, párrafo 170: “We have *not* concluded that a competition test, whether in the form proposed or in any other form, would be ineffective as a remedy for the AEC which the Commission has identified, nor that such a test would be unreasonable, disproportionate or otherwise inappropriate or unlawful. Our conclusions do not preclude the possibility that the test would ultimately be lawfully recommended by the Commission and implemented”. *Vid.*, la interpretación positiva de la Sentencia Competition Test hecha por la Competition



De manera análoga, aunque sin precisar su alcance, la ACCC ha recomendado que los efectos sobre la competencia sean tenidos en cuenta en la valoración de las licencias urbanísticas en materia de distribución comercial<sup>521</sup>. Por otra parte, el Conseil de la Concurrence ha priorizado la aplicación de medidas estructurales en el marco de la normativa que prohíbe el abuso de posición dominante frente a controles *ex ante* del crecimiento interno<sup>522</sup>.

En vista de todo ello, se proponen los siguientes remedios en relación al mercado del suelo.

#### 10.1.2.1 Adquisición de derechos sobre terrenos con efectos anticompetitivos

La compra o alquiler de terrenos o la adquisición de derechos sobre ellos asociadas a la implantación o ampliación de una gran superficie comercial puede restringir la competencia si produce un efecto económico de saturación o de monopolización legal indirecta de mercado.

Desde la perspectiva del derecho de la competencia, debe valorarse el marco jurídico aplicable a la adquisición de terrenos destinados a ser explotados comercialmente. En la operación Consum/Caprabo, la operación notificada comprendía la adquisición por Consum de 2 proyectos de establecimientos minoristas, junto a los activos vinculados a la explotación de 61 establecimientos comerciales minoristas y 2 plataformas logísticas propiedad de Caprabo<sup>523</sup>. En principio, un proyecto de establecimiento sólo comprende un activo material (los terrenos) y las licencias administrativas correspondientes, por lo que podría considerarse que la mera adquisición de terrenos (de uso comercial) podría constituir una concentración a los efectos del control de concentraciones<sup>524</sup>. En relación

---

Commission en su nota de prensa 09/09 de 4 de marzo de 2009 “Statement following Competition Appeal Tribunal’s Judgment”.

<sup>521</sup> Estudio ACCC 2008, Overview, XIX: “Recommendation: The ACCC recommends that all appropriate levels of government consider ways in which zoning and planning laws, and decisions in respect of individual planning applications where additional retail space for the purpose of operating a supermarket is contemplated, should have specific regard to the likely impact of the proposal on competition between supermarkets in the area. Particular regard should be had to whether the proposal will facilitate the entry of a supermarket operator not currently trading in the area.”

<sup>522</sup> Dictamen Conseil de la Concurrence 2007, párrafo 96, p. 23: “En revanche, un caractère plus fortement dissuasif pourrait être donné au contrôle *ex post* effectué par le Conseil de la concurrence en cas d’abus de position dominante en précisant de façon claire que le pouvoir d’injonction dont dispose actuellement le Conseil s’étend à la possibilité de remettre en cause les positions dominantes acquises par des injonctions de cessions d’activités. Le pouvoir d’injonction du Conseil est en effet décrit à l’article L. 464-2 du code de commerce comme la possibilité d’« ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou d’imposer des conditions particulières ». Il pourrait être précisé que ces termes « conditions particulières » s’appliquent aux remèdes structurels pouvant être mis en place par l’autorité de concurrence lorsque les remèdes comportementaux ne peuvent permettre de mettre fin de façon satisfaisante aux pratiques abusives.” El Conseil de la Concurrence no ha profundizado en el carácter escaso del input “suelo”, en particular a la luz de la existencia de limitaciones legales para su utilización comercial.

<sup>523</sup> SDC, N-07025 Consum/Caprabo (Activos), pp. 1-2, 20 de abril de 2007.

<sup>524</sup> La “Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas”, DOCE C 95, 16.04.2008, párrafo 24, contempla que “la adquisición del



al volumen de negocios afecto a dichos terrenos, podría tenerse en cuenta los ingresos de alquiler obtenidos por el vendedor o arrendador anteriormente, o el precio de compra de dichos terrenos o el propio plan de negocios de la empresa compradora<sup>525</sup>. La autoridad de competencia australiana también ha adoptado esta interpretación expansiva del concepto de concentración en materia de control de concentraciones<sup>526</sup>.

La utilización del umbral de cuota de mercado en el control de concentraciones establecido en la LDC permitiría examinar la adquisición de derechos sobre terrenos resultantes en una cuota de mercado (en términos de superficie de ventas) superior al 30% del mercado local. El TVDC solicitará a la CNC que exprese su posición en relación a la consideración de la adquisición de derechos sobre terrenos como una concentración a los efectos de la posible aplicación del Capítulo II de la LDC (control de concentraciones).

Aun en el caso de no fuese aplicable el Capítulo II de la LDC, el análisis competitivo conforme a los artículos 1 (acuerdos anticompetitivos) o 2 (abuso de posición dominante) de la LDC, debería producir resultados equivalentes. En particular, la adquisición de derechos sobre terrenos por parte de una empresa con una cuota elevada en un mercado local en el que existan barreras de entrada sustanciales (en particular, de tipo urbanístico) podría constituir un abuso de posición dominante o un acuerdo restrictivo de la competencia.

En relación al alcance retrospectivo de la aplicación de la LDC, el artículo 68 establece que las infracciones graves, entre las que se incluyen la falta de notificación de una concentración o el abuso de posición dominante, prescriben a los 2 años desde la comisión de la infracción. Asimismo, el artículo 68 establece que “el término de la prescripción se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado”. Si la ausencia de notificación de una adquisición de derechos sobre terrenos o sus efectos anticompetitivos/abusivos son considerados una infracción continuada en el tiempo, la aplicación de la LDC se extendería a todas las adquisiciones de terrenos hechas en el pasado.

---

control sobre los activos también puede considerarse una concentración si dichos activos constituyen la totalidad o una parte de la empresa, es decir, una actividad con presencia en el mercado, a la que puede asignarse claramente un volumen de negocios de mercado”, actividad que puede incluso asociarse a activos intangibles o a una base de clientes.

<sup>525</sup> Por analogía con la venta de las unidades de negocio sin ingresos externos, Comunicación consolidada de la comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, 10 de julio de 2008, párrafo 163

<sup>526</sup> Estudio ACCC, p. 429: “The inquiry has also revealed a misconception held by some industry players that the ACCC can only analyse transactions where there is an acquisition of an existing supermarket business. This is incorrect. The ACCC considers that leases of sites, acquisitions of leases currently held by other parties and acquisitions of sites that are currently empty or used for other purposes can all be considered acquisitions of assets under s. 50 or other provisions in Part IV of the Act. The ACCC has reviewed acquisitions of development sites in the past, but has not found any acquisition in breach of s. 50. For instance, the ACCC conducted an analysis of the effect of Woolworths acquiring several development sites as part of its consideration of the Foodland Associated Limited transaction in 2005 [nota: 27 ACCC, public competition assessment, Woolworths’ proposed acquisition of 22 Action stores and development sites (19 October 2005)]”.



Para garantizar la seguridad jurídica de las empresas, el TVDC considera necesario establecer un puerto seguro (“safe harbour”) en relación a las adquisiciones de derechos sobre terrenos. A tal fin, el TVDC considera conforme a los artículos 1 y 2 de la LDC la adquisición de derechos sobre terrenos a fin de implantar o ampliar una gran superficie comercial de más de 1.000 metros si, en una isócrona de 15 minutos en coche:

- Es el único establecimiento de la empresa; o
- están establecidos tres o más competidores; o
- su cuota de mercado resultante es inferior al 30%.

En un mercado local con tres o menos competidores, el aumento de la cuota de mercado de uno de ellos por encima del 30% no implica necesariamente una valoración negativa en ausencia de barreras legales o estratégicas de entrada. Para valorar la existencia de estas barreras de entrada, el TVDC tendrá en cuenta:

- La disponibilidad de suelo comercial para la distribución de bienes de consumo en la isócrona relevante, atendiendo al planeamiento urbanístico vigente y la información recabada de los Ayuntamientos afectados.
- La saturación del mercado, atendiendo a la información recabada de la propia empresa, de sus competidores y de las asociaciones de consumidores.

Por último, una valoración negativa en relación a la implantación o ampliación de una gran superficie comercial no lleva aparejada necesariamente la prohibición de acometer el proyecto o, en caso de haberse materializado, su venta a un competidor viable. La empresa puede optar por transferir otro establecimiento de similares características a un competidor viable a fin de que el nuevo proyecto tenga efectos positivos o, al menos, neutros sobre la competencia. El TVDC ha avanzado esta solución en su Informe GS 10/2008 Bis, en el que ha propuesto condicionar la autorización de implantación de una gran superficie comercial de Eroski en una nueva área residencial de Vitoria a la desinversión de otra gran superficie comercial en el centro urbano de Vitoria, ciudad en la que Eroski ocupa una posición de liderazgo destacado en el mercado de grandes superficies comerciales<sup>527</sup>.

#### **10.1.2.2 Adquisición defensiva (anticompetitiva) de derechos sobre terrenos**

En casos excepcionales, puede producirse una adquisición defensiva de derechos sobre terrenos que no son viables para albergar una gran superficie comercial propia pero son necesarios para la implantación o ampliación de una gran superficie comercial competidora. Esta conducta estratégica constituye una infracción objetiva o per se de la LDC.

<sup>527</sup> Informe del TVDC de 9 de marzo de 2009, GS 10/2008 Bis *Eroski S.Coop. Bremen Vitoria-Gasteiz*. Esta solución permite a las empresas líderes implantarse en nuevos desarrollos urbanos a cambio de reducir su hegemonía en otras zonas saturadas y permitir la entrada de nuevos competidores. El resultado produce un aumento inmediato de la competencia y del bienestar de los consumidores, resultado que el Test de Competencia propuesto por el Estudio Competition Commission 2008 no garantiza, según la Sentencia Test de Competencia del CAT británico.



Aun en el caso de que los terrenos adquiridos estén destinados a albergar una superficie comercial de pequeño tamaño, la adquisición puede constituir una infracción de la LDC, si dichos terrenos son aptos, conjuntamente con otros terrenos adyacentes, para albergar una gran superficie comercial y no existe suficiente competencia en el mercado de grandes superficies comerciales, según los criterios expuestos en la Sección 10.1.2.1.

Por ello, es conveniente que las empresas que pretendan adquirir derechos sobre terrenos sucesivamente hasta reunir un lote suficiente para implantar una gran superficie comercial puedan justificar desde el inicio que (1) los terrenos son necesarios y viables para establecerla; y (2) la implantación de dicha gran superficie comercial no restringirá la competencia en el mercado de grandes superficies comerciales, de acuerdo a los criterios expuestos en la Sección 10.1.2.1. Asimismo, las empresas que deseen adquirir terrenos para abrir una superficie comercial de menor tamaño, deben verificar si dichos terrenos son aptos, conjuntamente con terrenos adyacentes, para albergar una gran superficie comercial, en cuyo caso deberán evaluar si la adquisición de dichos terrenos restringe la competencia en el mercado de grandes superficies comerciales, según los criterios expuestos en la Sección 10.1.2.1.

#### **10.1.2.3 Transferencia de derechos sobre terrenos con restricciones de uso**

La transferencia de derechos de propiedad o uso sobre terrenos por parte de empresas de la distribución comercial no debe contener restricciones contractuales que impidan su uso comercial para la distribución minorista de bienes de consumo. En este caso, la imposición de estas restricciones por el vendedor tiene un coste económico (menor valor para el comprador) y sólo obedece a un deseo de proteger los establecimientos cercanos del vendedor. Por ello, la imposición de estas restricciones (equivalentes a acuerdos de no competencia) se presume anticompetitiva.

En relación a los contratos en vigor, el TVDC considera que las restricciones sobre uso contenidas en ellos son ilegales y el vendedor no puede exigir al comprador su cumplimiento. En todo caso, el TVDC recomienda a las empresas distribuidoras que hayan incluido estas restricciones en sus contratos de venta o uso de terrenos que supriman estas restricciones o notifiquen fehacientemente al vendedor que no son válidas.

#### **10.1.2.4 Acuerdos de exclusividad sobre terrenos propiedad de terceros**

En esta categoría se incluyen los acuerdos con terceros que incluyen restricciones en relación a la utilización de sus terrenos o instalaciones<sup>528</sup>. Las restricciones de competencia pueden adoptar diversas formas. Por ejemplo, una empresa puede suscribir un derecho de exclusividad o de adquisición preferente con un tercero en caso de que éste decida ponerlos a la venta o en alquiler. Asimismo, una gran distribución implantada en un centro comercial puede negociar un acuerdo de exclusividad (expreso o implícito, por ejemplo, mediante un derecho de voto o unas condiciones económicas

<sup>528</sup> Los terrenos deben ser idóneos para la implantación de una gran superficie comercial. La adquisición de terrenos sobre superficies menores (por ejemplo, destinadas a superficies comerciales de pequeño tamaño) no suscita riesgos para la competencia siempre que no puedan catalogarse como adquisiciones defensivas de acuerdo a la Sección 10.1.2.2 *supra*.



sustancialmente favorables) con el promotor de un centro comercial<sup>529</sup>. Una variante es la posibilidad de que una empresa de la distribución sea la promotora de un centro comercial y rechace (expresamente o indirectamente, mediante la exigencia de condiciones desproporcionadas) la instalación en dicho centro comercial de empresas competidoras<sup>530</sup>. Todas estas conductas pueden aumentar las barreras de entrada y restringir la competencia en mercados locales altamente concentrados en los que el beneficiario de las exclusivas dispone de poder de mercado individual o colectivo. Este tipo de prácticas no han sido objeto de especial atención en Europa mientras que en Estados Unidos fueron perseguidas activamente por la FTC en los años 70-80<sup>531</sup>. La jurisprudencia estadounidense ha valorado los efectos anticompetitivos de estas cláusulas en función del poder de mercado del beneficiario<sup>532</sup>.

El TVDC considera que los acuerdos de exclusividad son equivalentes a la adquisición de derechos de propiedad o uso sobre terrenos. Por lo tanto, los acuerdos de exclusividad gozarán de una presunción de legalidad si, en una isócrona de 15 minutos en coche respecto a los terrenos afectados:

- Es el primer establecimiento de la empresa; o
- están establecidos tres o más competidores; o
- la cuota de mercado de la empresa distribuidora beneficiaria de los acuerdos de exclusividad es inferior al 30%.

---

<sup>529</sup> *Vid.*, Estudio ACCC 2008, Overview, XVIII: “The inquiry heard evidence that Coles and Woolworths engage in deliberate strategies designed to ensure they maintain exclusive access to prime sites. In particular, both supermarket chains include terms in their leases which effectively prevent centre managers leasing space in centres to competing supermarkets. These restrictive provisions usually take the form of an outright prohibition on the centre owner introducing a second, or third, supermarket into the centre for a specified period (commonly around 10 years) or make provision for a sufficient financial penalty, in the form of reduced rent payable, that renders it commercially unviable for the centre owner to introduce a competing supermarket. A number of supermarket operators provided the inquiry with specific and credible evidence of leases between the major supermarket chains and shopping centres which, they contended, have prevented or delayed their entry into a centre. The ACCC also used its information-gathering powers to obtain leases from Coles, Woolworths and shopping centre owners which confirmed that such restrictive provisions are often included in leases.”

<sup>530</sup> Este caso estaría cubierto por los principios jurídicos que rigen la adquisición de derechos sobre terrenos, *supra* Sección 10.1.2.1

<sup>531</sup> *Vid.*, una descripción de las actividades de la FTC y un análisis de la cuestión en el artículo pionero, “The Antitrust Implications of Restrictive Covenants in Shopping Center Leases”, Harvard Law Review 86, 1973, p. 1201 y ss.

<sup>532</sup> American Law Institute-American Bar Association, Junio 3-4, 2004: “The factors that are considered in determining whether a restrictive covenant is an unreasonable restraint of trade include (among others): (a) The relevant market area – (...) the anticompetitive effects of exclusives in larger shopping centers are greater than those in smaller centers. (b) Whether the protected party has “market power” or dominance in the market. (c) The impact on competition in the relevant market – i.e. what is the impact on consumer choices in the ability to purchase the merchandise in question. (d) Whether the clause has economic justification. The courts have recognized that shopping centers require a balanced and diversified tenant mix for its success. Exclusives are one of the ways that goal is accomplished and therefore a valid business justification has been acknowledged.”



#### 10.1.2.5 Convenios anticompetitivos con Ayuntamientos

La Ley del Suelo atribuye a los Ayuntamientos competencias urbanísticas y, en particular, sobre el uso del suelo. Por ello, una vez finalice el plazo de transposición de la Directiva de Servicios, las restricciones al establecimiento o ampliación de superficies comerciales pueden encontrar acomodo en la política urbanística de los ayuntamientos y sus convenios con empresas<sup>533</sup>. Si bien la política urbanística y las licencias concedidas a su amparo sólo puede ser objeto de control mediante los oportunos recursos contencioso-administrativos, los convenios urbanísticos y de otra índole entre ayuntamientos y empresas constituyen acuerdos entre operadores económicos sometidos a la LDC<sup>534</sup>. Por ello, los convenios urbanísticos entre empresas de la distribución y ayuntamientos que restrinjan la competencia en beneficio de aquéllas suponen una infracción de la LDC imputable a ambas partes. Esta restricción de la competencia puede estar prevista en el acuerdo, por ejemplo garantizando a la empresa que no se facilitará la implantación de competidores en terrenos próximos<sup>535</sup>. Asimismo, la restricción de la competencia puede resultar indirectamente de la evaluación conjunta del convenio y el planeamiento urbanístico municipal. Por ejemplo, si la política urbanística permite en la práctica una superficie comercial de hasta 3.000 metros cuadrados y el ayuntamiento celebra un convenio con una empresa que permite a ésta monopolizarlos en su totalidad, el ayuntamiento estará otorgando implícitamente un monopolio legal a dicha empresa, un resultado más restrictivo que el eventual reparto de la superficie comercial legalmente disponible entre dos grandes superficies comerciales (1.500 metros cuadrados cada una).

Por lo tanto, el TVDC evaluará de oficio y, en todo caso, a instancia de parte, la conformidad con la LDC de los convenios celebrados entre ayuntamientos y empresas de la distribución para la implantación de grandes superficies comerciales de más de 1.000 metros cuadrados de superficie de ventas y superficies comerciales de tamaño inferior sitas en terrenos idóneos para la implantación de grandes superficies comerciales.

#### 10.1.2.6 Desinversiones en establecimientos

Las medidas para evitar la monopolización de derechos sobre terrenos deben contribuir a evitar situaciones de abuso en mercados locales altamente concentrados. Sin embargo, en algunos casos excepcionales, puede ser necesario ordenar la desinversión de

<sup>533</sup> *Vid.*, asimismo, Estudio Competition Commission 2008, epígrafes 11.139 y 11.183.

<sup>534</sup> *Vid.*, Resolución del TDC de 20 de marzo de 1998, Expte. 419/97, *Cruz Roja de Fuengirola*; y Resolución de la CNC de 7 de mayo de 2008, Expte. 632/07, *Feriantes Ayuntamiento de Peralta* (“Resolución Feriantes Ayuntamiento de Peralta”), p. 8: “el Convenio celebrado por el Ayuntamiento de Peralta y la AIFNA, en la medida en que su contenido va más allá de lo que es la concesión o denegación de una mera licencia de ocupación de suelo público a una empresa, deja de estar sometido al Derecho público para caer en el ámbito del Derecho privado.”

<sup>535</sup> *Vid.*, por analogía, Resolución Feriantes Ayuntamiento Peralta, p. 7: “Asimismo, el Ayuntamiento de Peralta, mediante esta concesión en exclusiva (y sin mediar concurso alguno) a la Asociación mencionada para la explotación de las actividades feriales en Peralta, ha actuado como un operador económico, pues en principio la defensa y promoción de una actividad comercial como es la actividad feria, no necesita de reserva del mercado por parte de la autoridad local a una sola empresa o asociación de empresas privadas, teniendo en cuenta el posible interés de otras entidades feriales y no feriales en participar en dicha actividad.”



establecimientos cuando existe una saturación estratégica del mercado por parte de una empresa, una competencia mínima por parte de otras empresas y unas barreras legales que impiden la entrada de nuevos competidores<sup>536</sup>.

Lógicamente, el máximo respeto a las garantías procesales de las empresas requiere que los expedientes sancionadores que se sustancien para ordenar desinversiones demuestren fehacientemente la existencia de una posición de dominio y el abuso de dicha posición dominante mediante la monopolización de los insumos (terrenos) necesarios para que otros competidores puedan crecer o entrar en el mercado.

Para garantizar la seguridad jurídica de las empresas, el TVDC considera necesario establecer un puerto seguro (“safe harbour”) en relación a las actuaciones encaminadas a ordenar desinversiones. Por ello, procede presumir la existencia de una saturación estratégica del mercado sólo si concurren unas condiciones estrictas:

- Cuota de mercado elevada de una empresa (+50%);
- presencia multi-establecimiento de una empresa (+1);
- número reducido de competidores (3 o menos); y
- barreras legales que impiden o dificultan enormemente la entrada de nuevos competidores (inexistencia de suelo comercial disponible y viable).

Si bien es de esperar que todas estas condiciones sólo aparezcan en casos muy concretos, el funcionamiento ineficaz del control de concentraciones y la propia evolución del mercado de la distribución ofrecen ejemplos que podrían satisfacer estas condiciones.

Por ejemplo, en su Informe Carrefour/Promodès, el TDC propuso la desinversión de un hipermercado Carrefour en Palma de Mallorca. Sin embargo, el Consejo de Ministros no secundó la recomendación del TDC. En su Informe Eroski/Caprabo, la CNC constató que muchos años más tarde, los tres hipermercados Carrefour de gran tamaño siguen ostentando una posición privilegiada en la ciudad de Palma de Mallorca, sólo desafiada por un hipermercado pequeño de Caprabo<sup>537</sup>. En suma, si la estructura competitiva del mercado de Palma de Mallorca exigía la desinversión de un hipermercado Carrefour en el año 2000, la estructura competitiva en 2009 no ha mejorado apenas (presencia de un hipermercado pequeño de Caprabo adquirido por

---

<sup>536</sup> *Vid.*, Dictamen Conseil de la Concurrence 2007, párrafo 96. El “Informe Attali 2008” también ha concluido que la desaparición o reducción de las barreras legales es un remedio insuficiente en algunos mercados locales donde ya existen posiciones de dominio inexpugnables: “Enfin, la commission est consciente que la levée des barrières réglementaires peut se révéler insuffisante pour empêcher la constitution de positions dominantes locales, compte tenu des stratégies de concentration et des positions dominantes actuellement occupées par certaines enseignes dans certaines zones de chalandise” (página 148) ; y ha sugerido clarificar las facultades del Conseil de la Concurrence para ordenar desinversiones de terrenos o establecimientos: “Le Conseil de la concurrence devrait pouvoir prononcer lui-même, en cas d’abus constaté, des modifications de la structure d’entreprises en position dominante. Il pourra ainsi imposer la scission ou la vente forcée de certaines activités, magasins ou surfaces” (página 154).

<sup>537</sup> *Vid.*, estructura competitiva de la Isla de Mallorca en Informe Carrefour/Promodès, p. 50 e Informe Eroski/Caprabo, pp. 39-45.



Eroski) y puede hacer necesario la aplicación de la LDC para obligar a Carrefour a desinvertir al menos uno de sus tres hipermercados.

Asimismo, en la comarca de Uribe-Kosta de Vizcaya y, en particular, en el área de Getxo y zonas colindantes (el núcleo poblacional más importante), Eroski ha ido ampliando su presencia mediante hipermercados cada vez más atractivos, debido en parte a factores exógenos (mejores comunicaciones viarias y promoción de un Centro comercial). El primer hipermercado, sito en el pequeño municipio de Berango (colindante con Getxo), fue seguido de un hipermercado más grande con mejores servicios (parking más espacioso, gasolinera, etc.) en Leioa, otro municipio colindante con Getxo pero en un extremo alejado de Berango. Finalmente, la construcción del Centro comercial “Artea”, radicado también en Leioa pero el más cercano geográficamente al núcleo poblacional de Getxo, ofreció a Eroski la posibilidad de abrir un hipermercado con la mejor oferta de servicios, aprovechando los servicios comunes del Centro comercial (parking de superficie y subterráneo, gasolinera Eroski, posibilidad de realizar compras en otras tiendas, etc.). La ventaja locacional del hipermercado Eroski del Centro comercial “Artea” se acentuó por un factor exógeno: la construcción de la autovía de Uribe-Costa con un enlace directo al Centro comercial “Artea”. Asimismo, esta mejora viaria ha situado los hipermercados Eroski de Berango y Leioa a 10 minutos en coche el uno del otro, mientras que el hipermercado Eroski del Centro comercial “Artea” se encuentra en una distancia intermedia de ambos (5 minutos en coche). Frente a los tres hipermercados Eroski, la población de la comarca de Uribe-Kosta y, en particular, de Getxo y las zonas vecinas solo dispone de una alternativa competitiva: un hipermercado Carrefour, más alejado del núcleo poblacional principal y sin acceso directo a la autovía de Uribe-Kosta. Asimismo, Eroski está finalizando la construcción de otra gran superficie comercial en Gorliz, localidad un poco más alejada del núcleo poblacional principal (Getxo y alrededores) pero que puede tener cierto solapamiento con el hipermercado de Berango, localidad más próxima a Gorliz.

Si se hubiera aplicado el control de concentraciones o los artículos que regulan las conductas restrictivas de la competencia a la adquisición de derechos sobre los terrenos necesarios para los hipermercados, hubiera podido exigirse la desinversión del hipermercado de Berango y/o del hipermercado de Leioa como condición para la autorización del hipermercado del Centro comercial “Artea”. Si la situación actual de ese mercado local confirma que las barreras legales y estratégicas (3 hipermercados de una misma empresa en una isócrona de 15 minutos) impiden la entrada de nuevos competidores, la desinversión de uno o incluso dos hipermercados Eroski podría estar justificada<sup>538</sup>.

<sup>538</sup> La desinversión de una gran superficie comercial en la que pueden existir actividades ajenas a la actividad principal de distribución minorista de bienes de consumo (por ejemplo, gasolineras) plantea la cuestión de la separabilidad de dichas actividades. En principio, si la empresa que debe desinvertir puede encontrar un comprador viable de la actividad de distribución minorista sin necesidad de incluir en la venta otras actividades ajenas como la distribución de gasolina, la venta exclusivamente de la actividad de distribución minorista sería aceptable, así como la explotación de sinergias (ventas cruzadas, etc.) entre vendedor y comprador en relación a las diferentes actividades desarrolladas en los mismos terrenos.



Por otra parte, en la comarca de la Margen Izquierda de Vizcaya, Eroski ocupa una posición destacada en el mercado de grandes superficies, ya que se encuentra implantado en todos los centros comerciales existentes: Centro Comercial Max Center (Barakaldo), Centro Comercial Megapak (Barakaldo), Centro Comercial Ballonti (Portugalete). Su único competidor es un hipermercado Carrefour (Ctra. Barakaldo-Trapagaran, Sestao), que no se beneficia de la tracción de un centro comercial ni de un emplazamiento óptimo desde una perspectiva de red vial. Asimismo, Eroski dispone de otro hipermercado en el Centro Comercial Bilbondo (Basauri), municipio próximo a la Margen Izquierda que podría incluirse en el mismo mercado geográfico.

En suma, la exigencia de la desinversión de una gran superficie comercial si concurren las condiciones estrictas enunciadas en este Estudio sólo refleja un fallo regulatorio anterior: no haber evitado la monopolización del mercado mediante el agotamiento del suelo comercial disponible en el mercado relevante. Por ello, aunque tardía, la desinversión es proporcionada y necesaria.

Asimismo, esta intervención está implícitamente respaldada por los argumentos utilizados por las grandes empresas de la distribución en relación a la concentración Carrefour/Promodès. Alcampo, Lidl, Eroski y El Corte Inglés alegaron que las elevadas cuotas de mercado de la empresa fusionada en el mercado de la distribución nacional (30%) y, en particular, en mercados locales de grandes superficies comerciales, sumadas a las restricciones legales de entrada generarían efectos anticompetitivos que sólo podían remediararse con desinversiones de activos, amen de una mayor liberalización:

#### Alegaciones de Alcampo

“Para dicho competidor ‘el proyecto de concentración CARREFOUR/Promodès obstaculiza el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado en España’. Del análisis provincial realizado, concluyen que, en primer lugar en 12 provincias la participación en salas de ventas supera el 30% sobre el total de la distribución minorista que incluye hipermercado, supermercado y tiendas de proximidad; y en 21 provincias la participación se sitúa entre el 20% y el 30%. También se detallan 18 aglomeraciones, definidas como poblaciones próximas a hipermercados CARREFOUR, en las que se estima que hay dominio o concentración del Grupo CARREFOUR. (...). Por lo que respecta a las barreras legales se expone lo siguiente: “la normativa autonómica que presentan determinadas CC.AA. restringe el acceso de nuevos competidores, empeorando las condiciones de competencia”.”<sup>539</sup>.

#### Alegaciones de Lidl

“Y en relación con la conclusión se opina ‘que la autorización de la operación de concentración, si se produjese, debería de acompañarse de medidas que favoreciesen la entrada de nuevos competidores tales como la supresión de las barreras de entrada indicadas, la adopción de medidas legislativas de liberalización de la apertura de

<sup>539</sup>

Informe Carrefour/Promodès, epígrafe 1.6.5., pp. 10-11.



*nuevos establecimientos comerciales y la transmisión a favor de competidores por parte de la empresa resultante de la fusión’.”<sup>540</sup>*

#### Alegaciones de Eroski

“Este competidor entiende que el mercado relevante debe referirse a Hipermercados. (...). También entienden que ‘existe un cierto riesgo de que se perpetúe la posición actual del Grupo Carrefour en España, por la concurrencia simultánea de su creación y de la limitación de nuevas autorizaciones por las autoridades competentes.

Y concluyen diciendo que:

*se considere como “mercado definido” el mercado de bienes de consumo para un ámbito local definido, cual es el casco urbano de una población y su área de influencia.*

*se presentan posiciones de dominio de la empresa resultante de la fusión anunciada en diferentes mercados locales y regionales.*

*si se mantienen los criterios en la concesión de licencias que actualmente tienen las CC.AA. se consolida definitivamente la posición actual de Carrefour y Promodès en España, concediéndole ventajas competitivas insalvables y el beneficio del valor de situación.*

*la concurrencia simultánea de la autorización de la fusión solicitada y la aplicación de las regulaciones vigentes en el ordenamiento del mercado del comercio minorista en España, penaliza al resto de competidores, impide mejorar su posición competitiva y perturba el ejercicio de la libre competencia.*

*es prioritario adoptar las medidas que proceda, a fin de restablecer condiciones de competencia e igualdad de oportunidades de los operadores.*

*es esencial velar para que las cuotas de mercado de las categorías de productos controladas por el Grupo Carrefour en España no reduzcan las posibilidades de elección presentadas al consumidor y no incidan negativamente, a medio y largo plazo, en los procesos de formación de los precios finales’.”<sup>541</sup>*

#### Alegaciones de El Corte Inglés

“Con respecto a las barreras reglamentarias el grupo manifiesta que:

*Existen barreras administrativas paralelas en España derivadas de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y de las normas autonómicas de equipamiento comercial que tienen como consecuencia una estabilización del grado de competencia en los territorios, al negar o dificultar en gran medida cualquier nueva iniciativa. “Una fusión como la planteada, produce como efecto de estas restricciones, una reducción o imposibilidad de respuesta sobre el resto de las empresas del sector. Dicho en otros términos, al existir una limitación de orden reglamentaria para la nueva implantación de establecimientos comerciales de cierta dimensión, y ser ésta, con mayor o menor rigor, la realidad en todo el territorio del Estado, la operación produce en algunas zonas geográficas en las que las entidades fusionadas tienen una clara posición de*

<sup>540</sup> Informe Carrefour/Promodès, epígrafe 1.6.6., pp. 11-12.

<sup>541</sup> Informe Carrefour/Promodès, epígrafe 1.6.7., pp. 12-13.



*predominio, a consolidar la misma, sin que sea posible para otros grupos implantarse al efecto de competir en el área de referencia'.”<sup>542</sup>*

Por otra parte, en relación al proceso de desinversión en el marco del artículo 2 de la LDC, podría recurrirse por analogía a la extensa práctica decisional en materia de control de concentraciones<sup>543</sup>. Sin embargo, nada obsta a que las grandes empresas de la distribución, con la colaboración de las autoridades de competencia, si aquéllas lo estiman necesario, actúen preventivamente y procedan a desinvertir en mercados locales en los que ocupan una posición dominante que restringe la competencia<sup>544</sup>. La actuación coordinada de la CNC y autoridades de competencia autonómicas puede asimismo facilitar el intercambio de activos entre empresas, práctica que no es ajena al mercado de la distribución<sup>545</sup>, para solucionar simultáneamente problemas de competencia en varios mercados locales.

#### 10.1.3 Cláusulas de cliente más favorecido

Dadas las características oligopolistas de este mercado, la utilización de cláusulas de cliente más favorecido por las empresas líderes señala al mercado la disposición de los miembros del oligopolio de igualar los precios más bajos de la competencia<sup>546</sup> y, por lo tanto, son una arma poderosa para desincentivar las bajadas de precios y reforzar sus vínculos colusivos<sup>547</sup>. Por lo tanto, la utilización de estas cláusulas por parte de los miembros del oligopolio constituye un abuso de posición dominante colectiva y/o un acuerdo anticompetitivo.

#### 10.1.4 Superación del monopolio espacial: competencia virtual

En su Informe Caprabo/Alcosto, el TDC señaló que, en el futuro, el comercio electrónico puede tener una importancia fundamental en la distribución minorista, incrementando “la contestabilidad de los monopolios geográficos existentes y explotados por las grandes superficies ya instaladas”<sup>548</sup>.

<sup>542</sup> Informe Carrefour/Promodès, epígrafe 1.6.13., pp. 19-20.

<sup>543</sup> *Vid.*, Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento 139/2004 del Consejo y al Reglamento 802/2004 de la Comisión, Sección III.1 “Cesión de una actividad empresarial a un comprador”, DOCE C 267, 22.10.2008.

<sup>544</sup> *Vid.*, de manera análoga, las desinversiones hechas por EON y RWE para poner fin a sendos expedientes sancionadores de la Comisión, *supra* Sección 7.1.

<sup>545</sup> El 8 de setiembre de 2008 Eroski y Alcampo anunciaron el intercambio de dos hipermercados en Torrelodones (Madrid) y Cullera (Valencia).

<sup>546</sup> *Vid.*, por ejemplo, Anexo 12.4, “Bases de la Garantía del Mejor Precio Carrefour”.

<sup>547</sup> *Vid.*, análisis teórico y práctico de los efectos anticompetitivos de las cláusulas de cliente más favorecido en Resolución de TVDC de 20 de febrero de 2008, Exp. 01/2007, *Igualatorio Médico Quirúrgico* (“Resolución TVDC Igualatorio Médico Quirúrgico”), Secciones 3.4 (“Jurisprudencia y Resoluciones Administrativas”), 3.5 (“La Teoría Económica”) y 3.6 (Compatibilidad de la conducta con la LDC”).

<sup>548</sup> Informe Caprabo/Alcosto, p. 24: Igualmente, la utilización de esta variable no permite incluir en el análisis el comercio electrónico. La importancia de este canal es todavía incipiente, pero en el futuro podría ser fundamental, tanto en lo que respecta al volumen de ventas como a la determinación de la competencia efectiva en el sector [Nota: En la actualidad, el volumen de ventas por Internet representa apenas un [...] de la facturación de CAPRABO. Sin embargo, el previsible incremento de la facturación a través de este canal podría llegar a tener desde el punto de vista de la defensa de la competencia una doble importancia. Por un lado, podría ser una de las posibles vías de incremento del número de operadores en



Las empresas de la distribución y, en particular, las cinco principales (Carrefour, Mercadona, Eroski, Alcampo y El Corte Inglés) están extendiendo su liderazgo en la distribución minorista física a la venta a través de internet (supermercado virtual). La presencia de empresas de la distribución en Internet puede suponer un importante factor de competencia, pero de momento parece desempeñar una función marginal en relación al comercio físico: la oferta de productos es más limitada, su precio es mayor (a lo que hay que sumar el coste de transporte) y su cobertura online está vinculada a la presencia física de la empresa en un área.

El TVDC ha tenido ocasión de recordar las enormes ventajas que Internet puede ofrecer para superar los monopolios geográficos y la asimetría informativa que perjudica a los consumidores, principalmente en el sector servicios. En su Resolución TVDC Igualatorio Médico Quirúrgico, señaló que la iniciativa pública o privada podía contribuir a aumentar la competencia entre los prestadores de servicios, fomentando servicios de información, comparación e, incluso, contratación por Internet<sup>549</sup>. Por ejemplo, en el Reino Unido han aparecido nuevos modelos de negocio que fomentan la competencia en el mercado de la distribución por Internet.

Mysupermarket, empresa nacida en 2006, ofrece una herramienta electrónica de comparación de precios con servicios añadidos<sup>550</sup>. El usuario de Mysupermarket selecciona uno de los cuatro supermercados online disponibles (Tesco, Asda, Sainsbury y Ocado) y elige los productos de su lista de la compra mientras el software Mysupermarket le informa del precio de esa lista en el resto de supermercados online y le sugiere productos sustitutivos de mejor precio o más saludables (menor contenido en grasa, etc.). Una vez finalizada la lista de la compra y elegido el supermercado online en el que se realizará, el usuario es trasferido a la página de comercio electrónico del supermercado online donde sólo debe proceder a contratarla y especificar las condiciones de entrega.

En suma, el modelo de negocio de Mysupermarket no supone una competencia directa contra los supermercados online, es una herramienta que promueve la competencia entre ellos.

Por otra parte, el modelo de negocio de Ocado supone una competencia directa con los supermercados online de la distribución. Ocado tiene un acuerdo de colaboración con

---

el mercado geográfico relevante y, por lo tanto, de contestabilidad de los monopolios geográficos existentes y explotados por las GS físicas ya instaladas. Por otro lado, en el futuro, con un número de clientes suficientemente elevado en una determinada zona geográfica, podría ser económicamente rentable atender esa demanda directamente desde un centro de almacenaje, sin apertura física de GS y, en consecuencia, no estando la empresa sujeta a las restricciones de licencias de Comunidades Autónomas y ayuntamientos, coadyuvando de esta forma a sortear las barreras administrativas que imponen las administraciones regionales y locales a la apertura de GS físicas. En el presente, esta posibilidad es únicamente competencia potencial, y el estudio de la competencia en el mercado puede y debe hacerse en función de las superficies de ventas de los operadores.]”

<sup>549</sup> Resolución TVDC Igualatorio Médico Quirúrgico, Sección 4.3 (Falta de Información de los Consumidores).

<sup>550</sup> Página web Mysupermarket: [www.mysupermarket.co.uk](http://www.mysupermarket.co.uk)



un conglomerado de la distribución (John Lewis Partnership, propietaria de las cadenas de distribución Waitrose, John Lewis y Greenbee), a su vez accionista minoritaria de Ocado, para sus aprovisionamientos. Ocado dispone de una plataforma de almacenamiento y distribución propia<sup>551</sup>. Todo ello, le permite desarrollar un modelo de supermercado online independiente y en competencia directa con el resto de supermercados onlines y establecimientos físicos, lo que contribuye a reducir los precios de ambos canales de ventas<sup>552</sup>. Sin embargo, su contrato de suministro es por anualidades renovables, lo que puede estar afectando a su imagen de marca sostenible y a su crecimiento<sup>553</sup>.

Las autoridades españolas de competencia deben garantizar que la emergencia de nuevos modelos de negocio en Internet no se vea retrasada o dificultada por el marco oligopolista de las empresas de la distribución. En este sentido, conviene mencionar la Sentencia del TJCE en el asunto *Magill*, en la que se fijaron las tres condiciones que obligan a una empresa dominante a contratar con terceros: (1) producto o servicio indispensable para el ejercicio de una actividad determinada en un mercado conexo; (2) negativa injustificada de suministro excluye toda competencia efectiva en ese mercado conexo; y (3) obstaculización de la aparición de un producto nuevo para el que existe una demanda potencial de los consumidores<sup>554</sup>. En este asunto, el TJCE consideró abusiva la negativa de tres cadenas de televisión irlandesas, amparada en derechos de propiedad intelectual, a permitir el uso por terceros de sus guías de programas semanales para ofrecer guías de programas semanales multicadena. Este asunto, si bien resuelto como un abuso de posición dominante individual de cada cadena televisiva en relación a su propia guía de programas, constituía en términos económicos y jurídicos una conducta paralela de varias empresas que ocupaban una posición dominante colectiva en el mercado de las guías televisivas y de hecho la sentencia del TJCE identificó un mercado secundario de las guías de programas televisivos, en el cual ninguna de las cadenas televisivas ocupaba una posición dominante individualmente considerada<sup>555</sup>.

---

<sup>551</sup> Página web Ocado, “By fulfilling orders from a dedicated warehouse, we can show virtually live inventory on our webshop, enabling customers to choose from a range of groceries that are actually in stock. By using unique logistics software and satellite navigation systems in our vans, we strive to deliver the right goods at the right time.”

<http://corporate.ocado.com/background.html>

<sup>552</sup> “Ocado taps shareholders for up to £40m in rights issue”, The Independent, 28 de octubre 2008: “The online grocer has invested heavily in prices this year and has expanded the range of non-food products it offers. In March, Ocado launched a price war against the grocery giant Tesco and vowed to match its prices on 3,500 branded products, including Pampers nappies and Coca-Cola. Tesco responded fiercely with its own price cuts.”

<http://www.independent.co.uk/news/business/news/ocado-taps-shareholders-for-up-to-16340m-in-rights-issue-975523.html>

<sup>553</sup> Ídem: “Ocado has had a one-year rolling contract with Waitrose since 2000, but is thought to still be in negotiation with the grocer about nailing down a five-year contract. The City has viewed the lack of a long-term branding and sourcing contract as a barrier to a stock market flotation”

<sup>554</sup> Sentencia del TJCE de 6 de abril 1995, Asuntos acumulados C-241-242/91, *Radio Telefís Eireann e ITP c. Comisión (Magill)*, Rec. I-743, 1995 (inglés). El tercer requisito sólo se ha aplicado en relación al acceso a derechos de propiedad intelectual o industrial.

<sup>555</sup> Ídem, párrafo 73: “Conduct of that type – characterised by preventing the production and marketing of a new product, for which there is a potential consumer demand, on the ancillary market of



Si concurren los requisitos para la aplicación de la jurisprudencia europea relativa a la “essential facility”, cualquier conducta de las empresas que ocupan una posición dominante colectiva en el mercado de la distribución minorista que impida la aparición de servicios nuevos o diferenciados en el mercado de la distribución online e, indirectamente, la competencia en el mercado de la distribución “física”, podría constituir un abuso de posición dominante. El abuso puede consistir en una negativa de acceso o suministro pero también en una conducta que produzca el mismo efecto (por ejemplo, exigir una contraprestación desproporcionada).

Los servicios de comparación de precios son evidentemente un nuevo servicio que contribuye a reducir la asimetría informativa de los consumidores. Asimismo, un supermercado online independiente de las empresas de la distribución puede ofrecer un servicio innovador y diferenciado en relación a los supermercados online de las empresas de la distribución, evitando la extensión de su posición dominante colectiva “física” al comercio electrónico<sup>556</sup>.

#### 10.1.5 Control de concentraciones: efectos unilaterales y colusivos

En materia de control de concentraciones, el análisis de las fusiones nacionales de empresas de la distribución por parte del TDC y la CNC se ha centrado en la posible creación de una posición dominante individual. Sin embargo, la estructura competitiva del mercado de la distribución hace necesario un análisis centrado en los efectos unilaterales (competencia entre los establecimientos fusionados) y oligopolistas (creación o reforzamiento de una posición dominante).

---

television “Conduct of that type – characterised by preventing the production and marketing of a new product, for which there is a potential consumer demand, on the ancillary market of television magazines and thereby excluding all competition from that market solely in order to secure the applicant’s monopoly – clearly goes beyond what is necessary to fulfil the essential function of the copyright as permitted in Community law.” (subrayado del TVDC)

<sup>556</sup> *Vid.*, la Sentencia del TPI de 17 de septiembre 2007, Asunto T-201/04, *Microsoft c. Comisión*, en la que se hace una interpretación amplia del concepto del requisito de novedad del producto (párrafos 643-665): “Debe observarse que la Comisión cuidó de subrayar en ese contexto que existían «amplias posibilidades de diferenciación y de innovación más allá del diseño de las especificaciones de interfaz» (considerando 698 de la Decisión impugnada). Con otras palabras, una misma especificación puede ser objeto de numerosas aplicaciones diferentes e innovadoras por parte de los diseñadores de soportes lógicos (párrafo 655). De esta forma, la Decisión impugnada descansa en la idea de que, una vez se haya levantado el obstáculo para los competidores de Microsoft que representa el carácter insuficiente del grado de interoperabilidad existente con la arquitectura de dominio Windows, esos competidores podrán ofrecer sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo que, lejos de constituir una mera reproducción de los sistemas Windows ya presentes en el mercado, se diferenciarán de éstos en parámetros que los consumidores consideran importantes (párrafo 656)...Por último, se ha de recordar que según reiterada jurisprudencia el artículo 82 CE se refiere no sólo a las prácticas que pueden causar un perjuicio directo a los consumidores, sino también a las que les perjudican indirectamente al atentar contra una estructura de competencia efectiva (sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, Rec. p. 461, apartado 125, y sentencia Irish Sugar/Comisión, citada en el apartado 229 *supra*, apartado 232). Pues bien, en el presente caso, Microsoft atentó contra la estructura de competencia efectiva en el mercado de los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo al adquirir en éste una importante cuota de mercado. (párrafo 664)”



#### 10.1.5.1 Efectos unilaterales

Tal como adelantó el TDC en su Informe Carrefour/Promodés, el análisis tradicional sustentado en la definición de mercado y posición dominante individual resulta insuficiente en mercados caracterizados por productos/servicios diferenciados y la localización de un establecimiento y su radio de influencia es un importante elemento diferenciador. La FTC introdujo el análisis de los efectos unilaterales (no colusivos) de las concentraciones en sectores oligopolistas de bienes/servicios diferenciados en sus Directrices sobre Concentraciones Horizontales (“Horizontal Merger Guidelines”) de 1992. Tras la sustitución del “test de dominancia” por el “test de obstaculización significativa de la competencia efectiva” en el Reglamento 139/2004 de Concentraciones<sup>557</sup>, las Directrices sobre Concentraciones Horizontales de la Comisión Europea también contemplan el análisis de los efectos unilaterales no asociados necesariamente a una posición dominante<sup>558</sup>.

En palabras de uno de los artífices de la evaluación de los efectos unilaterales en mercados de productos/servicios diferenciados, el cálculo económico de los efectos unilaterales consiste en: (1) calcular de la tasa de transferencia (“diversion rate”): la fracción de las ventas del establecimiento A que se desvían al establecimiento B si aquél aumenta sus precios en una determinada proporción (5-10%); (2) estimar aisladamente el incremento de precios post-concentración, calculado en función de los márgenes brutos pre-concentración y la tasa de trasferencia estimada (sin tener en cuenta posibles sinergias o respuestas competitivas de otras empresas); (3) cuantificar los cambios de precios o establecimiento/productos de los competidores, incluyendo nuevas entradas; y (4) aplicar una reducción a los precios post-concentración, si existen eficiencias comprobadas e inherentes a la fusión que minoran los costes marginales<sup>559</sup>. La Comisión también ha publicado estudios relacionados con la categorización y estimación de los efectos unilaterales<sup>560</sup>, con especial atención a las concentraciones en sectores oligopolistas con productos diferenciados<sup>561</sup>.

#### 10.1.5.2 Efectos coordinados

La elevada concentración, la transparencia de precios, los mecanismos de disuasión frente a reducciones de precios y la ausencia de reacción por parte de pequeños competidores o nuevos entrantes abocan el mercado de la distribución minorista en grandes superficies comerciales a una colusión tácita en precios. Frente a esta realidad, las autoridades de competencia estadounidenses han adoptado un enfoque estructuralista para garantizar una variedad de oferta y servicios suficiente. En el control de

<sup>557</sup> Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas DOCE L 24/2004.

<sup>558</sup> *Vid.*, en particular, Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, DOCE, C 31/2004, párrafos 28-30. La nota a pie 23 del párrafo 28 considera como factor relevante de diferenciación la localización geográfica en el sector de la distribución minorista.

<sup>559</sup> Shapiro, “Mergers with Differentiated Products,” *Antitrust*, 10(2), 1996, pp. 23-30.

<sup>560</sup> Marc Ivaldi, Bruno Jullien, Patrick Rey, Paul Seabright, Jean Tirole, “The Economics of Unilateral Effects”, IDEI, Toulouse, 2003, Interim Report for DG Competition, European Commission.

<sup>561</sup> Roy J. Epstein and Daniel L. Rubinfeld, “Effects of Mergers Involving Differentiated Products” prepared for the European Comission, COMP/B1/2003/07, October 7, 2004.



concentraciones de la distribución minorista, la FTC otorga mucha más importancia a la presencia de un número suficiente de empresas competidoras para dificultar, en la medida de lo posible, la colusión tácita en precios y, en todo caso, aumentar la competencia en localización/servicios. Curiosamente, si bien tradicionalmente la Comisión y las autoridades nacionales de los Estados miembros han sido más rigurosas que la FTC en la aplicación del control de concentraciones, la distribución minorista en grandes superficies comerciales parece ser uno de los escasos sectores, si no el único, en el que la FTC ha sido más rigurosa y “estructuralista”. La FTC ha incidido mucho más que las autoridades de competencia europeas en la evaluación de los efectos unilaterales y coordinados en el mercado de las grandes superficies comerciales. El enfoque de la FTC parece enteramente justificado: la distribución minorista, por su estructura oligopolista con altas barreras de entrada es posiblemente uno de los sectores más propensos a la aparición de efectos unilaterales y coordinados. La doctrina se ha referido a la siguiente tabla estadística de la FTC para destacar su enfoque estructural en el análisis de los mercados locales de la distribución minorista<sup>562</sup>:

<b>“FTC Investigations of Grocery Markets, 1996-2003”</b> <b>(FTC: Análisis de mercados locales, 1996-2003)</b>		
“Significant Competitors” (competidores significativos)	“Enforced” (obligación de desinversión)	“Cleared” (autorizada sin condiciones)
2 to 1	15	0
3 to 2	40	5
4 to 3	54	10
5 to 4	16	4
6 to 5	3	2
7 to 6	1	1
8 to 7	0	1

Fuente: FTC Horizontal Merger Investigation Data, Fiscal Years 1996-2003, Table 4.2

La FTC ha ordenado desinversiones en el 100% de las fusiones que desembocaban en un monopolio local; el 89% de las fusiones que desembocaban en un duopolio local; el 85% de las fusiones que reducían el mercado local a tres empresas; y el 80% de las fusiones que resultaban en un mercado local de cuatro empresas. La exigencia de desinversiones ha disminuido hasta un 60% de las fusiones que resultaban en mercados de cinco empresas y aun más hasta la mitad de las fusiones en mercados en los que seguían compitiendo seis empresas. En suma, el 85% de los mercados locales analizados en los que se impusieron desinversiones tenían 3 o menos competidores.

Lógicamente, la realidad del mercado estadounidense no es directamente extrapolable al mercado español, geográficamente más reducido y con menor número de empresas

<sup>562</sup> Darren S. Tucker, “U.S. Merger Review in the Grocery Store Business”, ABA Section of International Law Committee on International Antitrust Law, 21 de mayo de 2008; y Fishkin, “Historical Review of FTC Supermarket Merger Enforcement 1997-2001”, FTC Conference on Grocery Store Antitrust, 24 de mayo, 2004.



presentes en el mercado de grandes superficies comerciales. Sin embargo, en vista de las conclusiones de este Estudio sobre la estructura oligopolista, la colusión tácita de precios y las barreras de entrada en prácticamente todos los mercados locales, parece indudable que una concentración que redujese el número de competidores en mercados de grandes superficies de ámbito local por debajo de cuatro operadores suscita enormes dudas sobre sus efectos competitivos.

Por otra parte, el control de concentraciones debería tener en cuenta la especial posición de liderazgo de Carrefour, Mercadona y Eroski en el mercado nacional de aprovisionamiento y distribución minorista (especialmente, en el submercado de grandes superficies comerciales). Estas tres empresas forman un oligopolio y son conscientes de su propia interdependencia, lo que les permite adoptar conductas paralelas en el mercado, a las que se suman el resto de competidores, para maximizar sus beneficios. Por ello, la adquisición por parte de una de estas empresas, de establecimientos minoristas y, en particular, grandes superficies comerciales propiedad de terceros debería ser condicionada a la desinversión de grandes superficies en los mercados locales saturados por sus propios establecimientos<sup>563</sup>. La existencia de una saturación del mercado generado por una empresa puede presumirse si concurren unas condiciones estrictas:

- Cuota de mercado elevada de una empresa (+50%);
- presencia multi-establecimiento de dicha empresa (+1);
- número reducido de competidores (3 o menos); y
- barreras legales que impiden o dificultan enormemente la entrada de nuevos competidores (inexistencia de suelo comercial disponible y viable).

#### **10.1.5.3 Un nuevo enfoque para reducir la colusión tácita y la saturación de mercados locales**

El control de concentraciones es una competencia exclusiva de la CNC y sólo ella puede determinar si el concepto de concentración se extiende a la adquisición de terrenos comerciales, así como valorar los efectos unilaterales y coordinados de una concentración en este campo<sup>564</sup>.

En el marco de cooperación leal que caracteriza las relaciones de las autoridades de competencia autonómicas con la CNC, el TVDC someterá a su consideración las siguientes propuestas en relación al análisis de concentraciones:

1. El análisis de una concentración de la distribución minorista comprenderá en todo caso una valoración de sus efectos unilaterales y coordinados sobre la competencia si (1) participa una de las tres empresas que ocupan una posición dominante colectiva (Carrefour, Mercadona y Eroski); o (2) existe solapamiento de grandes superficies comerciales en un mercado geográfico.

<sup>563</sup> *Vid., supra* Sección 10.1.2.6.

<sup>564</sup> Sin embargo, en virtud del artículo 58 de la LDC, las autoridades de competencia autonómica tienen competencia consultiva en relación a las concentraciones de ámbito autonómico analizadas en segunda fase.



2. El análisis de los efectos unilaterales de las concentraciones en la distribución minorista deberá tener en cuenta el grado de sustituibilidad de los establecimientos fusionados. Lógicamente, en un entorno oligopolista, cuanto mayor sea la similitud del posicionamiento estratégico y geográfico entre los establecimientos de las dos empresas fusionadas, mayor será la probabilidad de un efecto unilateral de incremento de precios.

3. El análisis de los efectos coordinados tendrá en cuenta la estructura oligopolista del mercado, las barreras de entrada en los mercados locales y la necesidad de mantener una variedad de oferta que disminuye los incentivos colusivos y fomente una mayor competencia. Por ello, toda adquisición que reduzca en un mercado local el número de competidores en el mercado de grandes superficies comercial por debajo de cuatro será analizada con el máximo rigor y deberá justificar de manera concluyente sus beneficios (eficiencias) para los consumidores y la ausencia de barreras de entrada (legales y económicas).

4. Si en la concentración participan Carrefour, Mercadona o Eroski, se tendrá en cuenta que forman un oligopolio y son conscientes de su propia interdependencia, lo que les permite adoptar conductas paralelas en el mercado nacional de aprovisionamiento y de la distribución para maximizar sus beneficios. Por ello, aun en el caso de que la adquisición por parte de una de estas empresas, de establecimientos minoristas y, en particular, grandes superficies comerciales de terceros, no produzca efectos unilaterales o coordinados anticompetitivos en el mercado local afectado, la autorización de la compra estará asimismo condicionada a la desinversión de grandes superficies en los mercados locales saturados por sus propios establecimientos, que representen una cuota de mercado equivalente a la adquirida. Por ejemplo, la existencia de una saturación del mercado generado por una empresa puede presumirse si concurren estas condiciones:

- Cuota de mercado elevada de una empresa (+50%);
- presencia multi-establecimiento de dicha empresa (+1);
- número reducido de competidores (3 o menos); y
- barreras legales que impiden o dificultan enormemente la entrada de nuevos competidores (inexistencia de suelo comercial disponible y viable).

## **10.2 Remedios en el mercado de aprovisionamiento**

El mercado de aprovisionamiento está estrechamente relacionado con el mercado de la distribución minorista. El poder de mercado en el mercado de la distribución minorista se extiende naturalmente al mercado de aprovisionamiento y se retroalimenta en un efecto “bola de nieve”.

En un escenario competitivo, el mercado genera el máximo bienestar para los consumidores: los fabricantes intentan ofrecer los productos más demandados por los consumidores a los precios más competitivos y los distribuidores intentan adquirir dichos productos a los precios más competitivos. Sin embargo, en un mercado de aprovisionamiento y distribución minorista oligopolista, los proveedores con poder de mercado y la distribución pueden obtener rentas supracompetitivas, excluir a otros competidores y perjudicar el bienestar de los consumidores.



Para hacer frente a estos fallos de mercado, algunos países han optado por introducir Códigos de Conducta que regulan las relaciones comerciales entre proveedores y distribuidores. En Australia, en el 2000 se adoptó a instancia del Gobierno australiano el Retail Grocery Industry Code of Conduct (RGICC), un Código de Conducta voluntario que incluía la figura de un “Ombudsman”, árbitro encargado de resolver las disputas originadas entre las partes en relación a la aplicación del RGICC. En 2003, una revisión independiente del RGICC concluyó que no estaba funcionando satisfactoriamente y en 2005 el RGICC fue sustituido por un nuevo Código de Conducta voluntario, el Produce and Grocery Industry Code of Conduct (PGICC). En 2007, el Gobierno australiano adoptó también el “Horticulture Code of Conduct”, un Código de Conducta legalmente vinculante para todos los integrantes de la cadena de producción, intermediación y distribución de productos hortofrutícolas. El Horticulture Code of Conduct se adoptó de acuerdo a las previsiones de la legislación de competencia, por lo que la autoridad de competencia australiana, ACCC, es la responsable de su cumplimiento y, en caso contrario, de la aplicación sanciones económicas.

En el Reino Unido, el Estudio Competition Commission 2000 determinó que los distribuidores con una cuota de mercado del 8% o más de la distribución minorista disfrutaban de un poder de mercado frente a sus proveedores e identificó diversas conductas restrictivas de la competencia. Siguiendo las recomendaciones del Estudio Competition Commission 2000, la Office of Fair Trading (“OFT”) adoptó en 2003 el Code of Practice on Supermarkets’ dealings with Suppliers (“Supermarkets Code of Practice”), un Código de Conducta vinculante para los distribuidores con poder de mercado. En 2005 la OFT realizó una evaluación de la aplicación del Supermarkets Code of Practice y constató que una gran mayoría de proveedores (80-85%) consideraba que no había servido para modificar las conductas de la distribución. En particular, los proveedores alegaban que la no prohibición de muchas conductas si eran “razonables” imposibilitaba cualquier control de las conductas de los proveedores. Sin embargo, ningún proveedor había recurrido al sistema de resolución de conflictos previsto en el Supermarkets Code of Practice ni había abusos ante la OFT, por lo que ésta decidió auditar su aplicación por parte de las empresas distribuidoras<sup>565</sup>. En 2006 la OFT decidió solicitar a la Competition Commission que investigase en profundidad el mercado de la distribución minorista y de aprovisionamiento.

El Estudio Competition Commission 2008 constató que al menos 20 de las 52 conductas anticompetitivas identificadas en el Estudio Competition Commission 2000 continuaban siendo aplicadas por las empresas de la distribución<sup>566</sup>. La Competition Commission, además de introducir por primera vez remedios específicos para los fallos de mercado en la distribución minorista, decidió sustituir el Supermarkets Code of Practice por un nuevo Código de Conducta reforzado, el Groceries Supply Code of Practice (GSCP), que deberá ser adoptado por la OFT. El nuevo GSCP se aplicará a todas las grandes empresas de la distribución y contendrá cláusulas más rigurosas entre las que destacan una obligación general de “lealtad contractual” (“fair dealing”), la prohibición de las

<sup>565</sup> Nota de prensa de la OFT, “OFT publishes supermarkets code review: OFT to conduct compliance audit with supermarkets”, 20 febrero, 2004. <http://www.oft.gov.uk/news/press/2004/28-04#note6>

<sup>566</sup> Estudio Competition Commission 2008, epígrafe 9.63.



modificaciones contractuales retrospectivas, la prohibición de la imposición a los proveedores de los costes de inventario, la obligación de entregar al proveedor por adelantado las condiciones contractuales de un distribuidor y un mecanismo para evitar desreferenciaciones injustificadas o abusivas. Para garantizar la aplicación del GSCP, las grandes empresas de la distribución deberán nombrar una persona encargada de velar por el cumplimiento del GSCP dentro de cada empresa. Asimismo, la vigilancia de la aplicación del GSCP y la resolución de las disputas corresponderán a un “Ombudsman” con amplios poderes de investigación. Las empresas infractoras deberán cesar sus prácticas pero también satisfacer indemnizaciones prefijadas a los proveedores en caso de que el dictamen del “Ombudsman” sea contrario a sus intereses<sup>567</sup>.

En el ámbito español, la Federación de Industrias de Alimentación y Bebidas (FIAB) y la Asociación Española de Distribuidores, Autoservicios y Supermercados (ASEDAS) han firmado en 2007 un “Acuerdo sobre Recomendaciones de Buenas Prácticas Comerciales para la Mejora de la Gestión en la Cadena de Valor y el Fomento de la Cooperación Empresarial” (“Acuerdo ASEADAS-FIAB”), un Código de Conducta voluntario que establece los principios rectores de las negociaciones comerciales entre proveedores y distribuidores, y mayor seguridad jurídica a los proveedores en relación a diversos aspectos de la relación comercial como las promociones comerciales, la logística (entrega, recepción y, en su caso, devolución), los servicios y cargos del distribuidor y los plazos de pago. El Acuerdo ASEADAS-FIAB prevé el establecimiento de un Comité de Seguimiento, que a su vez designará un Comité de Resolución de Conflictos.

El Acuerdo ASEADAS-FIAB es un “hito en el sector alimentario español siendo el primer acuerdo de características similares impulsado, de forma voluntaria y proactiva, por dos de los eslabones clave de la cadena alimentaria”<sup>568</sup>. Sin embargo, la experiencia británica y australiana parece indicar que los Códigos de Conducta, obligatorios o no, se enfrentan a un incumplimiento generalizado por parte de las empresas de la distribución y una renuencia igualmente generalizada de los proveedores a denunciarlo. En suma, los Códigos de Conducta son un paso en la dirección correcta pero por sí mismos no impiden la colusión tácita de los grandes distribuidores, con la colaboración de los proveedores con poder de mercado, encaminada a extraer de los proveedores pagos comerciales elevados a costa de soportar precios de cesión más elevados. Esta conducta colusiva restringe la competencia en el mercado de los fabricantes y en el mercado de la distribución minorista.

Asimismo, los Códigos de Conducta tienen un enfoque vertical (productor-distribuidor) y no abordan el papel horizontal de la distribución como competidor de los proveedores (marca blanca).

<sup>567</sup> Estudio Competition Commission 2008, epígrafe 11.270. El 26 de febrero de 2009, la Competition Commission sometió a consulta pública un borrador de Código de Conducta, recogido en el Anexo 13.13 “The Groceries (supply chain practices) Market Investigation Order 2009”.

<sup>568</sup> Nota de prensa conjunta de FIAB-ASEDAS, 9 de octubre de 2007.



En suma, si bien los Códigos de Conducta como el Acuerdo ASEDAIS-FIAB, desprovistos de cláusulas anticompetitivas<sup>569</sup>, suponen un intento loable de fomentar relaciones comerciales leales entre proveedores y distribuidores, la función de las autoridades de competencia es velar por la competencia y el bienestar de los consumidores. La existencia de una posición dominante colectiva de Carrefour, Mercadona y Eroski en el mercado de aprovisionamiento y de prácticas paralelas tendentes a restringir la competencia en el mercado de los fabricantes y la distribución, hace necesaria la intervención de las autoridades de competencia para fijar los criterios de aplicación de la LDC en este ámbito. A continuación se presenta una lista no exhaustiva de conductas que pueden constituir un abuso de posición dominante individual o colectiva y/o un acuerdo anticompetitivo de las empresas de la distribución en sus relaciones comerciales con los proveedores de productos con marca del fabricante, los proveedores de productos de marca blanca, y los proveedores de productos agrícolas y de la pesca.

#### Forma de los contratos

- (1) La no fijación por escrito y por adelantado de las condiciones contractuales con los proveedores es un abuso de posición dominante.
- (2) La modificación retroactiva de las condiciones comerciales es un abuso de posición dominante.

#### Pagos comerciales

- (3) Los cánones de referenciación son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (4) Los pagos atípicos (regalos de bodas, regalos de aniversario, contribución para nuevos establecimientos o remodelación de los existentes, etc.) son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (5) Los pagos por utilización o preferencia de espacio en lineales son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (6) Los pagos por ampliación del surtido de productos o su extensión a nuevos establecimientos son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (7) Los pagos por utilización o preferencia de cabeceras de góndola son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.

---

<sup>569</sup> La cláusula 11<sup>a</sup> del Acuerdo ASEDAIS-FIAB prevé que los proveedores repercutirán a los distribuidores el coste de las variaciones impositivas y de las aportaciones a los sistemas integrados de gestión. Esta cláusula puede constituir un acuerdo anticompetitivo de fijación de precios: los proveedores acuerdan repercutir a los distribuidores, con su anuencia, las variaciones de los costes impositivos y las aportaciones a sistemas integrados de gestión (*vid.*, por analogía, Resolución del TVDC de 18 de junio de 2007, Exp. 1/2006, ASETRAVI). Independientemente de que los distribuidores puedan interpretar que esta cláusula también les obliga a ellos a repercutir estas variables externas a los consumidores y garantizar así un efecto neutro sobre su posición económica, la aplicación de la normativa de venta a pérdida garantiza esa transferencia automática del incremento del precio de factura a los precios minoristas sin necesidad de concertación previa. Ello justifica el empeño de proveedores y distribuidores en vigilar la aplicación estricta de esta normativa, tal como se refleja en la cláusula 36 del Acuerdo.



- (8) Los pagos de reposición de los productos en los lineales son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (9) Los pagos por visitas del distribuidor, presentación de productos y envases, paneles de consumo, investigaciones de mercado, hospitalidad a empleados son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (10) Los descuentos globales o anticipados sin relación con las ventas son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (11) Los pagos de promoción de un producto en el establecimiento durante el año son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (12) Los pagos para promociones específicas (gondola, publicidad, etc.) son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (13) Los pagos por incumplimiento de expectativas de ventas o beneficios son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (14) Los pagos por el envasado o etiquetado promocional sobrante cuando no se han alcanzado las ventas previstas son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (15) Los pagos para igualar los precios de otro distribuidor son un abuso de posición dominante.
- (16) Los pagos para gestionar los residuos de los productos son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (17) Los pagos por productos no vendidos o recompra de ellos son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (18) La falta de compensación al proveedor de los costes incurridos por errores o cambios de pedido son un abuso de posición dominante.
- (19) Los pagos por incumplimientos del contrato (plazo de entrega, especificaciones del producto, etc.) que no hayan sido notificados al proveedor por escrito en tiempo y forma o, en todo caso, transcurrido un plazo razonable desde la entrega del producto, es un abuso de posición dominante.
- (20) Los pagos por cambios en el código de barras o de etiquetas de precios reducidos son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (21) Los pagos por auditorías y controles llevados a cabo por el distribuidor son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (22) El retraso en el pago por encima de los 30 días o, si es superior, del plazo de venta del producto, es un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo<sup>570</sup>.

<sup>570</sup> El distribuidor utiliza su poder de compra para vender un producto y retrasar al proveedor el abono de su precio de cesión, generando así liquidez financiera a costa del proveedor, *vid.*, Estudio Dobson, pp. 117-119 y Estudio Cruz Roche, p. 26 (“la exigencia de periodos de pago que superan en varias veces el periodo de rotación del distribuidor supone unas condiciones desproporcionadas y que evidencian un mayor poder de mercado del distribuidor”). Sin embargo, el distribuidor que disfruta de una posición dominante individual o colectiva debe actuar con especial diligencia para no distorsionar la competencia en el mercado y este deber implica no abusar de los plazos de pago para reforzar su posición competitiva (como distribuidor y como “proveedor de marca blanca”) frente a los proveedores de marca propia y otros distribuidores. En suma, en principio, el retraso del pago por encima de la rotación del producto implica un abuso de una posición dominante individual o colectiva que no puede justificarse en un supuesto “acuerdo” con el proveedor. Sin embargo, cuando los plazos de venta son muy cortos y, en todo caso, inferiores a 30 días, razones de eficiencia económica pueden aconsejar una liquidación mensual de posiciones entre el proveedor y el distribuidor. Estas consideraciones desde la perspectiva de



## Conductas que afectan a la competencia de terceros

- (23) La transferencia al distribuidor de información relativa a los suministros y precios aplicados a/por otros distribuidores es un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (24) La influencia sobre un proveedor para que no suministre o aumente los precios aplicados a otro distribuidor con precios más bajos es un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (25) La imposición al proveedor de la compra de bienes o servicios ofrecidos por un tercero (transporte, palets, envases, etc.), en particular, cuando el distribuidor ha recibido una compensación económica del tercero, es un abuso de posición dominante y/o, un acuerdo anticompetitivo.
- (26) La fijación de una cláusula de “cliente más favorecido” es un abuso de posición dominante y/o, un acuerdo anticompetitivo.

## Cese de relaciones comerciales

- (27) La (amenaza de) desreferenciación de un proveedor de forma extemporánea o inesperada (más allá del lógico proceso de negociación con varios proveedores y selección de la mejor oferta) es un abuso de posición dominante si no está justificada por razones imperiosas.
- (28) La sustitución de un proveedor por otro que no esté justificada económicamente y, en particular, por referencia al beneficio económico de cada categoría de producto (unidades vendidas y precio de compra) es un abuso de posición dominante.

## Gestión de la categoría por el proveedor

- (29) Los proveedores que lleguen a un acuerdo de gestión de la misma categoría (“category captain”) con más de una empresa de la distribución incurrirán en un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (30) Los terceros (por ejemplo, empresas consultoras) que lleguen a un acuerdo de gestión de la misma categoría (“category captain”) con más de una empresa de la distribución incurrirán en un acuerdo anticompetitivo salvo que puedan demostrar la existencia de mecanismos internos que garanticen absolutamente una gestión independiente de las categorías de los clientes.
- (31) Los pagos al distribuidor por gestión de categorías es un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo
- (32) Los pagos al “category captain” relacionados con su función, por parte de otros proveedores es un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.

---

La normativa de competencia son independientes de la legislación aplicable en materia de plazos de pago: la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, artículo 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, y Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.



- (33) Las decisiones o recomendaciones del “category captain” encaminadas a favorecer sus productos sin tener en cuenta la demanda de los consumidores, son un abuso de posición dominante y/o acuerdo anticompetitivo.

#### Marcas Blancas

- (34) El distribuidor debe gestionar sus productos, de marca propia o ajena, con criterios predeterminados, objetivos y no discriminatorios para no incurrir en un abuso de posición dominante. Los criterios económicos deben referirse directa o indirectamente al bienestar de los consumidores (por ejemplo, precio de cesión y unidades vendidas).
- (35) La negativa de referenciación o la desreferenciación de un proveedor, así como su sustitución por una marca blanca, debe justificarse por criterios predeterminados, objetivos y no discriminatorios.
- (36) La gestión de la categoría por parte del distribuidor (precios, publicidad, posicionamiento, etc.) debe seguir criterios predeterminados, objetivos y no discriminatorios. En particular, la fijación de márgenes superiores para los productos de marca de fabricante que para las marcas blancas sustitutivas, son un abuso de posición dominante.
- (37) La utilización de información comercialmente sensible del proveedor (I+D, planes de lanzamiento, campañas de promoción) en beneficio de la marca blanca es un abuso de posición dominante.
- (38) La vinculación del suministro de productos de marca del fabricante al suministro de productos de marca blanca es un abuso de posición dominante.

Los distribuidores pueden evitar incurrir en abusos estableciendo una separación interna (“muralla china”) entre el departamento que gestiona la marca blanca y el departamento que gestiona la categoría y la estrategia comercial de la empresa. Asimismo, puede asociarse a la gestión de la categoría un experto o auditor independiente, cuyo informe “pericial” debería evaluar el respeto de los principios de objetividad, no discriminación y competencia por parte del distribuidor.

#### Información comercial suministrada a terceros

- (39) La transmisión por parte de los proveedores o los distribuidores a terceros (Nielsen, Alimarket, etc.) de información comercial sensible actualizada (volumen de ventas, precios, etc.) para su publicación es un acuerdo anticompetitivo del que también forma parte el tercero.

Si bien la clarificación de la aplicación de la LDC a las conductas anteriormente mencionadas es un primer paso que ofrecerá seguridad jurídica tanto a los proveedores como a los distribuidores, la siguiente cuestión es verificar el respeto de la LDC por parte de las empresas. En este sentido, el poder de compra que ejercen las grandes empresas de la distribución y la posibilidad de desreferenciar a sus proveedores es un factor a tener en cuenta. La OFT en la elaboración de su Informe sobre la aplicación del Supermarkets’ Code of Practice y la Competition Commission en la elaboración del Estudio Competition Commission 2008 comprobaron que los proveedores son reacios a



utilizar los instrumentos de resolución de controversias y, en mayor medida, las denuncias ante las autoridades de competencia, por miedo, justificado o no, a las represalias que puedan sufrir en sus relaciones comerciales con sus distribuidores<sup>571</sup>. Esta situación puede generar cierta sensación de impunidad en los distribuidores y los proveedores con poder de mercado y desincentivar el cumplimiento de los Códigos de Conducta y la normativa de competencia. En suma, una ley que no se aplica es una mala ley. Para remediar esta situación en España, a falta de la figura del Ombudsman con amplios poderes de investigación y sanción, figura prevista en el Reino Unido, las asociaciones de proveedores que lo deseen pueden contratar los servicios de un tercero (por ejemplo, una empresa de auditoría forense) y atribuirle la facultad de inspección y vigilancia de las relaciones comerciales de sus miembros con la distribución. Su función exclusiva sería observar posibles incumplimientos de la LDC, de acuerdo a las directrices emanadas en este Estudio, y ponerlos en conocimiento de la CNC o la autoridad de competencia autonómica competente. Lógicamente, ni sus funciones ni sus actuaciones deberían servir para intercambiar información comercial ni concertar el comportamiento de los proveedores, o de lo contrario podría ser objeto de un expediente sancionador.

---

<sup>571</sup> Estudio Competition Commission 2008, nota a pie 1, p. 168: “One of the difficulties that we faced when examining competition issues in the groceries supply chain was the reluctance of suppliers to provide us with details of specific instances of conduct by grocery retailers that illustrated the general concerns that were being raised. Following the publication of Emerging Thinking in January 2007, in which we drew attention to the apparent reluctance of suppliers to give evidence to us, we took steps to reassure suppliers that we would be able to receive their evidence regarding grocery retailers’ conduct without damaging their commercial relationships with those retailers.”



## 11 Conclusiones finales

1. Las grandes empresas de la distribución han contribuido significativamente al desarrollo económico. Su tamaño y eficiencia ha hecho posible una constante innovación de los procesos logísticos, los formatos de distribución y los servicios ofrecidos a los consumidores.
2. Sin embargo, la elevada concentración del mercado en manos de un número limitado de empresas (oligopolio), puede facilitar la comprensión de su interdependencia y la adopción de conductas paralelas que reducen la competencia en el mercado (colusión tácita).
3. La colusión tácita no supone una intención deliberada de infringir la normativa de competencia, sólo refleja el comportamiento racional de las empresas, tendente a la maximización de su beneficio en un mercado oligopolista. Sin embargo, ni la estructura oligopolista del mercado ni la falta de intencionalidad anticompetitiva de las empresas justifican una pasividad de las autoridades de la competencia hacia comportamientos paralelos que pueden producir los mismos efectos perjudiciales para los consumidores que los acuerdos anticompetitivos (por ejemplo, los cárteles de precios). Las empresas oligopolistas disfrutan de una posición dominante colectiva y sus conductas colusivas pueden constituir abusos prohibidos por el artículo 2 de la LDC y/o acuerdos anticompetitivos contrarios al artículo 1 de la LDC. Por ello, una vez probada la existencia de una colusión tácita que restringe la competencia en el mercado, deben establecerse remedios proporcionados que faciliten una mayor competencia sin reducir los incentivos económicos de las empresas para ser más eficientes.
4. En relación al mercado español de aprovisionamiento y distribución de bienes de consumo diario, Estudio Cruz Roche constató, en 1999, la existencia de (i) incipientes oligopolios locales que fijaban precios supracompetitivos<sup>572</sup>, (ii) protegidos por barreras legales<sup>573</sup>, y (iii) aprovechaban su poder de compra<sup>574</sup> para, (iv) imponer a sus

---

<sup>572</sup> Estudio Cruz Roche 1999, pp. 17-18: “la propia naturaleza competitiva del mercado minorista, donde los costes de búsqueda de los productos son elevados y en consecuencia los clientes se desplazan en una distancia limitada, lleva a que el número de tiendas minoristas que compiten efectivamente en un área local sea muy reducido, formando “oligopolios locales” en los que los minoristas fijan los precios por encima de los costes dirigiéndose a unos consumidores con diferentes preferencias respecto a las enseñas comerciales que les ofrecen distintos niveles de servicio”.

<sup>573</sup> Estudio Cruz Roche 1999, p. 23: “En primer lugar, la creciente regulación del comercio minorista establece obstáculos a la libre apertura de establecimientos...Por otra parte, los nuevos entrantes se pueden encontrar con que las localizaciones de mayor atractivo han sido ya adquiridas, y quedan libres emplazamientos de menor interés...Finalmente, la utilización de precios predatores mediante la práctica prohibida tras la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 1996 de las ventas a pérdida puede dificultar la implantación de un nuevo establecimiento minorista”.

<sup>574</sup> Estudio Cruz Roche 1999, p. 25-26: “La concentración supone un mayor poder de compra sobre los proveedores...Desde la perspectiva del consumidor, si el menor precio de compra obtenido se traslada hacia el consumidor final en forma de precios más bajos, el efecto final sería positivo, dándose únicamente una reestructuración interna del reparto de márgenes en la cadena de valor...Si por el contrario, las economías obtenidas van en todo o en parte a incrementar el margen de los distribuidores, el ejercicio del poder de compra no beneficia a los consumidores y sí a los distribuidores. Los distribuidores pueden con una relativa facilidad sustituir un fabricante por otro, ya que salvo que se trate



proveedores pagos sin contrapartida<sup>575</sup> y (v) favorecer a su marca blanca en detrimento de la marca del fabricante<sup>576</sup>.

5. De forma análoga, el Estudio “LA DISTRIBUCIÓN DE BIENES DE CONSUMO DIARIO: COMPETENCIA, OLIGOPOLIO Y COLUSIÓN TÁCITA” del TVDC, ha concluido que, en la actualidad, Carrefour, Mercadona y Eroski constituyen un oligopolio “estrecho” en el mercado español de aprovisionamiento de bienes de consumo diario y en la distribución minorista en grandes superficies comerciales ( $> 1.000 \text{ m}^2$ ), que adopta comportamientos paralelos (colusivos) que restringen la competencia y perjudican el bienestar de los consumidores.

6. En el ámbito de la normativa de competencia, el oligopolio de Carrefour, Mercadona y Eroski equivale a una posición dominante colectiva y sus conductas colusivas constituyen un abuso de dicha posición dominante colectiva prohibida por el artículo 2 de la LDC.

7. Las principales conductas paralelas (colusión tácita) que restringen la competencia y perjudican el bienestar de los consumidores son las siguientes:

A) Un paralelismo de precios en la distribución minorista que restringe la competencia y genera una tendencia inflacionista de los bienes de consumo diario. Asimismo, en los mercados con elevadas barreras de entrada en los que una empresa tiene una elevada cuota de mercado equivalente a una posición dominante individual, la falta de competencia en precios viene acompañada de una ausencia de competencia en productos y servicios, lo que supone un doble perjuicio para los consumidores.

---

de un producto con una muy elevada notoriedad e imagen de marca, existen en el mercado numerosos oferentes de productos sustitutivos. Por el contrario, para los fabricantes la pérdida de un distribuidor supone la renuncia a una cuota importante del mercado final...Este diferente grado de sustituibilidad, especialmente en los fabricantes de marcas no líderes, afecta de forma fundamental al establecimiento de condiciones asimétricas de compra mediante la utilización de descuentos y cobros por determinados servicios”.

<sup>575</sup> Estudio Cruz Roche 1999, p. 27: “Los casos antes citados [descuentos no vinculados a ventas, exigencia de períodos de pago que superan en varias veces el periodo de rotación del distribuidor, pagos por referenciación, regalos de boda, apertura o aniversario] constituyen buenos ejemplos de descuentos que no corresponden a ningún servicio prestado al distribuidor o situaciones de las que el productor pudiera obtener un rendimiento adicional. Obviamente, suponen una imposición derivada del poder de mercado, e incluso cabría preguntarse, para el caso de los productores de las marcas más prestigiosas y con mayor poder de mercado que se niegan a pagarlos, si no nos enfrentamos a un caso de discriminación no justificada frente a proveedores distintos”.

<sup>576</sup> Estudio Cruz Roche 1999, p. 28: “El distribuidor organiza las condiciones en las que dentro de su establecimiento compiten las diferentes marcas. Lógicamente, la asignación de los espacios y demás condiciones competitivas entre las marcas concurrentes se produce de acuerdo con la lógica de la contribución de las marcas al beneficio del distribuidor. Sin embargo, ocurre que con las denominadas “marcas del distribuidor”, los intereses del distribuidor tienden a favorecer la posición de su propia marca en los lineales, y se definen los términos de la competencia en las condiciones más favorables para su propia marca. De alguna manera, el distribuidor que antes era el juez de las condiciones en las que los productos se exponían a los consumidores, pasa a ser juez y parte, con lo que se altera el principio de igualdad de oportunidades de las marcas”.



B) Un paralelismo en las negociaciones con los proveedores orientado a obtener pagos y condiciones comerciales ventajosas que (1) elevan indirectamente los precios de cesión y, por efecto de la normativa legal, los precios mínimos de venta; y (2) restringen la competencia y la innovación en el mercado de los fabricantes favoreciendo a los que tienen recursos financieros para satisfacer los pagos demandados por la distribución, independientemente del atractivo de sus productos para los consumidores.

C) Un paralelismo en la subcontratación de productos de fabricantes para su reventa como marca propia (marca blanca) y un tratamiento discriminatorio de los productos de marca de los fabricantes en término de referenciación, posicionamiento y precio, restringiendo así la competencia y la innovación en el mercado de fabricantes.

8. El “efecto bola de nieve”<sup>577</sup> o “círculo virtuoso”<sup>578</sup> sobre el que han teorizado la Comisión en sus decisiones en materia de concentraciones y la doctrina económica, es una realidad en el mercado español de aprovisionamiento y distribución de bienes de consumo diario. La dinámica anticompetitiva en ambos mercados se retroalimenta, aumentando así la concentración, las barreras de entrada, los pagos y condiciones comerciales abusivas y la presencia de las marcas blancas.

---

<sup>577</sup> Informe Carrefour/Promodès, p. 69.

<sup>578</sup> Dobson, “Retailer Buyer Power in European Markets”..., pp. 27-28: “Powerful positions in retail markets allow the key retail groups to take control of supply chains, dictating terms and conditions on suppliers enabling them to gain further competitive advantage over smaller rivals, which in turn leads to further consolidation at the retail level. The process is one of a virtuous circle for the very largest retailers. Through aggressive bargaining tactics and the increasing use of auctions for awarding contracts, retailers have been able to drive down the prices and margins that producers receive to levels that potentially endanger the latter’s long-term viability and incentives to invest. Anti-competitive concerns also arise in regard to the increasing use of vertical restraints by retailers; e.g. practices imposed on producers aimed at further profit extraction or limiting producers’ freedom or incentives to supply elsewhere.”



## EFFECTO BOLA DE NIEVE

Secuencia X (PUNTO DE INFLEXIÓN): Posición dominante colectiva en el mercado minorista y/o aprovisionamiento<sup>579</sup>

- (1) Exigencia de pagos y exigencias comerciales
- (2) Aumento de los precios de cesión por efecto (1)
- (3) Aumento de los precios minoristas por efecto (2)
- (4) Disminución de la competencia minorista por efecto (3)
- (5) Aumento de la concentración minorista por efectos (1) y (4)

Secuencia X+1: Abuso de posición dominante colectiva en el mercado minorista

- (6) Aumento de los pagos y condiciones comerciales por efecto (5)
- (7) Aumento de los precios de cesión por efecto (6)
- (8) Aumento de los precios minoristas por efecto (7)
- (9) Disminución de la competencia minorista por efecto (8)
- (10) Aumento de la concentración minorista por efectos (6) y (9)

Secuencia X+2: Abuso de posición dominante colectiva debilita competencia en el mercado del fabricante

- (11) Aumento de los pagos comerciales y condiciones comerciales por efecto (10)
- (12) Exclusión de proveedores económicamente más débiles por efecto (11)
- (13) Aumento de los precios de cesión por efectos (11) y (12)
- (14) Aumento de los precios minoristas por efecto (13)
- (15) Disminución de la competencia minorista por efecto (14)
- (16) Aumento de la concentración minorista por efectos (11) y (15)

Secuencia X+3: Abuso de posición dominante colectiva monopoliza el mercado del fabricante

- (17) Aumento de los pagos comerciales y condiciones comerciales por efecto (16)
- (18) Exclusión de proveedores económicamente más débiles por efecto (17)
- (19) Aumento de los precios de cesión por efectos (17) y (18)
- (20) Aumento de los precios minoristas por efecto (19)
- (21) Marca blanca (integración vertical) excluye a proveedores por efecto (20)

9. Para facilitar una mayor competencia en el mercado de aprovisionamiento y distribución minorista, es necesario actuar en ambos mercados. En el mercado de distribución minorista, deben ponerse en práctica los siguientes remedios: (A) suprimir las restricciones legales (barreras de entrada, normativa de venta a pérdida y normativa

<sup>579</sup> La existencia de una posición dominante colectiva de Carrefour, Mercadona y Eroski tanto en el mercado de aprovisionamiento como en el de la distribución minorista, permite alterar el orden de los factores con el mismo resultado. Por ejemplo, el “efecto bola de nieve” puede comenzar con una reducción de la competencia en los precios minoristas, que permite reducir la competencia en los precios de cesión y aumentar las exigencias de pagos y otras condiciones comerciales, con los efectos descritos en este cuadro.



de horarios comerciales), (B) prohibir las conductas anticompetitivas de las empresas y las administraciones en materia de suelo; (C) prohibir las cláusulas de cliente más favorecido; (D) prohibir las conductas que impidan nuevas formas de negocio independientes en Internet; y (E) realizar un análisis más exigente de las concentraciones de la distribución minorista. En el mercado de aprovisionamiento, es necesario (F) prohibir todas las conductas abusivas o colusivas entre distribuidores y proveedores que restringen la competencia.

#### **A. Barreras Legales**

A.1. El TVDC propone constituir un grupo de trabajo con la CNC y el resto de autoridades de competencia autonómicas para el seguimiento y control de la legislación nacional y autonómica que influya sobre la implantación de grandes superficies comerciales. En particular, el TVDC propone denunciar las actuaciones administrativas, incluyendo Planes Territoriales Sectoriales (PTS), que fijen límites cuantitativos, aun por razones urbanísticas. Asimismo, el TVDC propone recabar la opinión de la Comisión en relación a la justificación y proporcionalidad del principio de primacía del comercio urbano sobre el periurbano.

A.2. El TVDC propone que el grupo de trabajo de las autoridades de competencia, de oficio o a instancia de denuncias de empresas afectadas, controle los planeamientos urbanísticos que pueden restringir la competencia en el ámbito de la distribución comercial de manera injustificada o desproporcionada. El grupo de trabajo debería ofrecer su colaboración y asesoramiento a los ayuntamientos para facilitar el cumplimiento de las disposiciones de la Directiva de Servicios y la LDC. En última instancia, la CNC en todo el ámbito nacional y los órganos de competencia autonómicos en su ámbito geográfico de actuación, pueden recurrir ante los tribunales contencioso-administrativos los planeamientos urbanísticos y comerciales que no respeten la Directiva de Servicios y la libre competencia.

A.3. El TVDC propone la supresión del artículo 14 LORCOMIN durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal para la mejora de la protección de consumidores y usuarios, en aras a la trasposición en derecho nacional de la Directiva 2005/29 de Prácticas Comerciales Desleales.

A.4. El TVDC recomienda la supresión de las restricciones legislativas relacionadas con los horarios comerciales (días y horarios de apertura). El TVDC promoverá la investigación de los acuerdos entre empresas y los Convenios colectivos encaminados a limitar su autonomía empresarial en relación a estos parámetros de competencia.

#### **B. Conductas restrictivas en materia de suelo**

B.1. El TVDC considera que puede suscitarse una incompatibilidad con los artículos 1 y 2 de la LDC en relación a la adquisición de derechos sobre terrenos a fin de implantar o ampliar una gran superficie comercial de más de 1.000 m<sup>2</sup> si, en una isócrona de 15 minutos en coche, concurren las siguientes condiciones:



- Presencia multi-establecimiento de una empresa (+1 establecimiento);
- cuota de mercado elevada (30% o superior); y
- competencia reducida (3 o menos competidores).

La concurrencia de estas condiciones no implica necesariamente una valoración negativa de la operación en ausencia de barreras legales o estratégicas de entrada. Para valorar la existencia de estas barreras de entrada, el TVDC tendrá en cuenta:

- La disponibilidad de suelo comercial para la distribución de bienes de consumo en la isócrona relevante, atendiendo al planeamiento urbanístico vigente y la información recabada de los Ayuntamientos afectados; y
- la saturación del mercado, atendiendo a la información recabada de la propia empresa, de sus competidores y de las asociaciones de consumidores.

B.2. El TVDC considera que la adquisición defensiva de derechos sobre terrenos que no son viables para albergar una gran superficie comercial propia pero son necesarios para la implantación o ampliación de una gran superficie comercial competidora constituye una infracción objetiva o per se de la LDC. Aun en el caso de que los terrenos adquiridos estén destinados a albergar una superficie comercial de pequeño tamaño, la adquisición puede constituir una infracción de la LDC, si dichos terrenos son aptos, conjuntamente con otros terrenos adyacentes, para albergar una gran superficie comercial y no existe suficiente competencia en el mercado de grandes superficies comerciales según los criterios establecidos en (B.1.)

B.3. El TVDC considera que la transferencia por parte de empresas de la distribución comercial, de derechos de propiedad o uso sobre terrenos con restricciones contractuales que impidan su uso comercial para la distribución minorista de bienes de consumo es susceptible de infringir la LDC.

B.4. El TVDC considera que el acuerdo con un tercero (por ejemplo, promotores comerciales) que incluye restricciones en relación a la utilización de sus terrenos o instalaciones para fines de distribución minorista de bienes de consumo diario suscitan una posible incompatibilidad con la LDC si concurren los criterios enunciados en (B.1.).

B.5. El TVDC considera que los convenios urbanísticos entre empresas de la distribución y Ayuntamientos que restrinjan la competencia en beneficio de aquéllas suponen una infracción de la LDC imputable a ambas partes. Esta restricción de la competencia puede estar prevista en el acuerdo o resultar indirectamente de la evaluación conjunta del Convenio y el planeamiento urbanístico municipal. Por lo tanto, el TVDC evaluará de oficio y, en todo caso, a instancia de parte, la conformidad con la LDC de los convenios celebrados entre ayuntamientos y empresas de la distribución para la implantación de grandes superficies comerciales de más de 1.000 metros cuadrados de superficie de ventas y superficies comerciales de tamaño inferior sitas en terrenos idóneos para la implantación de grandes superficies comerciales.



B.6. El TVDC considera que la desinversión de grandes superficies comerciales es un remedio necesario en caso de saturación o cierre del mercado local, situación que puede presumirse si concurren estas condiciones:

- Cuota de mercado elevada de una empresa (+50%);
- presencia multi-establecimiento de dicha empresa (+1);
- número reducido de competidores (3 o menos); y
- barreras legales que impiden o dificultan la entrada de nuevos competidores (por ejemplo, inexistencia de suelo comercial disponible y viable).

### C. Control de Concentraciones

C.1. El TVDC sugiere a la CNC que, en el marco del control de concentraciones, se realice un exhaustivo análisis económico de los efectos unilaterales y coordinados sobre la competencia de todas las fusiones en el mercado de la distribución minorista si:

- (1) al menos una de las tres empresas en posición dominante colectiva (Carrefour, Mercadona y Eroski) participa en la fusión; o
- (2) existe solapamiento en algún mercado local de grandes superficies comerciales.

C.2. El TVDC sugiere a la CNC que el análisis competitivo de las fusiones (C.1.) tenga en cuenta la estructura oligopolista del mercado, las barreras de entrada en los mercados locales y la necesidad de mantener una variedad de oferta que disminuya los incentivos colusivos y fomente una mayor competencia. Por ello, el TVDC considera que toda adquisición que reduzca en un mercado local el número de competidores en el mercado de grandes superficies comerciales por debajo de cuatro debe justificar de manera concluyente sus beneficios (eficiencias) para los consumidores y la ausencia de barreras de entrada (legales y económicas) para ser autorizada.

C.3. El TVDC sugiere a la CNC el análisis competitivo de las fusiones (C.1.1.) tenga en cuenta que Carrefour, Mercadona y Eroski forman un oligopolio nacional y son conscientes de su propia interdependencia, lo que les permite adoptar conductas paralelas en el mercado de aprovisionamiento y de la distribución para maximizar sus beneficios. Por ello, aun en el caso de que la adquisición por parte de una de estas empresas, de establecimientos minoristas y, en particular, grandes superficies comerciales de terceros, no produzca efectos unilaterales o coordinados anticompetitivos en el mercado local afectado, el TVDC propone que la autorización de la compra sea condicionada a la desinversión de grandes superficies, que representen una cuota de mercado equivalente a la adquirida, en mercados locales saturados por sus propios establecimientos. Asimismo, el TVDC propone que se presuma la existencia de una saturación de mercado si concurren estas condiciones:

- Cuota de mercado elevada de una empresa (+50%);
- presencia multi-establecimiento de dicha empresa (+1);
- número reducido de competidores (3 o menos); y



- barreras legales que impiden o dificultan la entrada de nuevos competidores (por ejemplo, inexistencia de suelo comercial disponible y viable).

#### **D. Cláusulas de cliente más favorecido**

D.1. El TVDC considera que la utilización de estas cláusulas por parte de los miembros del oligopolio de la distribución minorista constituye un abuso de posición dominante colectiva y/o un acuerdo anticompetitivo.

#### **E. Conductas restrictivas en nuevos canales comerciales (Internet)**

E.1. El TVDC considera que cualquier conducta de las empresas que ocupan una posición dominante colectiva en el mercado de la distribución minorista que impida la aparición de servicios nuevos o diferenciados en el mercado de la distribución online e, indirectamente, la competencia en el mercado de la distribución “física”, puede constituir un abuso de posición dominante.

#### **F. Conductas anticompetitivas en las relaciones proveedores-distribuidores**

A continuación se presenta una lista no exhaustiva de conductas que pueden constituir un abuso de posición dominante individual o colectiva y/o un acuerdo anticompetitivo de las empresas de la distribución en sus relaciones comerciales con los proveedores de productos con marca del fabricante, los proveedores de productos de marca blanca, y los proveedores de productos agrícolas y de la pesca.

##### F.1. Forma de los contratos

- (1) La no fijación por escrito y por adelantado de las condiciones contractuales con los proveedores es un abuso de posición dominante.
- (2) La modificación retroactiva de las condiciones comerciales es un abuso de posición dominante.

##### F.2. Pagos comerciales

- (3) Los cánones de referencia son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (4) Los pagos atípicos (regalos de bodas, regalos de aniversario, contribución para nuevos establecimientos o remodelación de los existentes, etc.) son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (5) Los pagos por utilización o preferencia de espacio en lineales son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (6) Los pagos por ampliación del surtido de productos o su extensión a nuevos establecimientos son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (7) Los pagos por utilización o preferencia de cabeceras de góndola son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.



- (8) Los pagos de reposición de los productos en los lineales son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (9) Los pagos por visitas del distribuidor, presentación de productos y envases, paneles de consumo, investigaciones de mercado, hospitalidad a empleados son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (10) Los descuentos globales o anticipados sin relación con las ventas son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (11) Los pagos de promoción de un producto en el establecimiento durante el año son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (12) Los pagos para promociones específicas (gondola, publicidad, etc.) son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (13) Los pagos por incumplimiento de expectativas de ventas o beneficios son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (14) Los pagos por el envasado o etiquetado promocional sobrante cuando no se han alcanzado las ventas previstas son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (15) Los pagos para igualar los precios de otro distribuidor son un abuso de posición dominante.
- (16) Los pagos para gestionar los residuos de los productos son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (17) Los pagos por productos no vendidos o recompra de ellos son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (18) La falta de compensación al proveedor de los costes incurridos por errores o cambios de pedido son un abuso de posición dominante.
- (19) Los pagos por incumplimientos del contrato (plazo de entrega, especificaciones del producto, etc.) que no hayan sido notificados al proveedor por escrito en tiempo y forma o, en todo caso, transcurrido un plazo razonable desde la entrega del producto, es un abuso de posición dominante.
- (20) Los pagos por cambios en el código de barras o de etiquetas de precios reducidos son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (21) Los pagos por auditorías y controles llevados a cabo por el distribuidor son un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (22) El retraso en el pago por encima de los 30 días o, si es superior, del plazo de venta del producto, es un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.

### F.3. Conductas que afectan a la competencia de terceros

- (23) La transferencia al distribuidor de información relativa a los suministros y precios aplicados a/por otros distribuidores es un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (24) La influencia sobre un proveedor para que no suministre o aumente los precios aplicados a otro distribuidor con precios más bajos es un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (25) La imposición al proveedor de la compra de bienes o servicios ofrecidos por un tercero (transporte, palets, envases, etc.), en particular, cuando el



distribuidor ha recibido una compensación económica del tercero, es un abuso de posición dominante y/o, un acuerdo anticompetitivo.

- (26) La fijación de una cláusula de “cliente más favorecido” es un abuso de posición dominante y/o, un acuerdo anticompetitivo.

#### F.4. Cese de relaciones comerciales

- (27) La (amenaza de) desreferenciación de un proveedor de forma extemporánea o inesperada (más allá del lógico proceso de negociación con varios proveedores y selección de la mejor oferta) es un abuso de posición dominante si no está justificada por razones imperiosas.
- (28) La sustitución de un proveedor por otro que no esté justificada económicamente y, en particular, por referencia al beneficio económico de cada categoría de producto (unidades vendidas y precio de compra) es un abuso de posición dominante.

#### F.5. Gestión de la categoría por el proveedor

- (29) Los proveedores que lleguen a un acuerdo de gestión de la misma categoría (“category captain”) con más de una empresa de la distribución incurrirán en un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (30) Los terceros (por ejemplo, empresas consultoras) que lleguen a un acuerdo de gestión de la misma categoría (“category captain”) con más de una empresa de la distribución incurrirán en un acuerdo anticompetitivo salvo que puedan demostrar la existencia de mecanismos internos que garanticen absolutamente una gestión independiente de las categorías de los clientes.
- (31) Los pagos al distribuidor por gestión de categorías es un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo
- (32) Los pagos al “category captain” relacionados con su función, por parte de otros proveedores es un abuso de posición dominante y/o un acuerdo anticompetitivo.
- (33) Las decisiones o recomendaciones del “category captain” encaminadas a favorecer sus productos sin tener en cuenta la demanda de los consumidores, son un abuso de posición dominante y/o acuerdo anticompetitivo.

#### F.6 Marca blanca

- (34) El distribuidor debe gestionar sus productos, de marca propia o ajena, con criterios predeterminados, objetivos y no discriminatorios para no incurrir en un abuso de posición dominante. En particular, los criterios económicos deben referirse directa o indirectamente al bienestar de los consumidores (por ejemplo, el precio de cesión y las unidades vendidas).
- (35) La negativa de referenciación o la desreferenciación de un proveedor, así como su sustitución por una marca blanca debe justificarse por criterios predeterminados, objetivos y no discriminatorios.
- (36) La gestión de la categoría por parte del distribuidor (precios, publicidad, posicionamiento, etc.) debe seguir criterios predeterminados, objetivos y no



discriminatorios. En particular, la fijación de márgenes superiores para los productos de marca de fabricante que para las marcas blancas sustitutivas, son un abuso de posición dominante.

- (37) La utilización de información comercialmente sensible del proveedor (I+D, planes de lanzamiento, campañas de promoción) en beneficio de la marca blanca es un abuso de posición dominante.
- (38) La vinculación del suministro de productos de marca del fabricante al suministro de productos de marca blanca es un abuso de posición dominante.

Los distribuidores pueden evitar incurrir en abusos estableciendo una separación interna (“muralla china”) entre el departamento que gestiona la marca blanca y el departamento que gestiona la categoría y la estrategia comercial de la empresa. Asimismo, puede asociarse a la gestión de la categoría un experto o auditor independiente, cuyo informe “pericial” debería evaluar el respeto de los principios de objetividad, no discriminación y competencia por parte del distribuidor.

#### F.7 Información comercial suministrada a terceros

- (39) La transmisión por parte de los proveedores o los distribuidores a terceros (Nielsen, Alimarket, etc.) de información comercial sensible actualizada (volumen de ventas, precios, etc.) para su publicación es un acuerdo anticompetitivo del que también forma parte el tercero.

### **G. Control privado de los posibles abusos de los distribuidores**

El TVDC considera conforme a la LDC la contratación por parte de las asociaciones de proveedores de los servicios de un tercero (por ejemplo, una empresa de auditoría) con facultades de inspección y vigilancia de las relaciones comerciales de sus miembros con la distribución, así como de denuncia de incumplimientos de la LDC ante la asociación o la autoridad de competencia competente. En todo caso, ni sus funciones ni sus actuaciones deben servir para intercambiar información comercial en el seno de las asociaciones o concertar el comportamiento de los proveedores.

### **H. Códigos de Conducta**

G.1. El TVDC respetará el principio de intervención mínima en relación a los Códigos de Conducta firmados por proveedores-distribuidores que (1) prohíban las conductas anticompetitivas identificadas en este Estudio; y (2) prevean instrumentos jurídicos eficaces de seguimiento, control, remoción e indemnización.

G.2. El TVDC considera que la Cláusula 11 del “Acuerdo sobre Recomendaciones de Buenas Prácticas Comerciales para la Mejora de la Gestión en la Cadena de Valor y el Fomento de la Cooperación Empresarial” firmado por FIAB y ASEDAIS puede infringir la LDC, por lo que recomienda su supresión.



## 12 Anexos

### 12.1 Informe Carrefour/Promodès, Zonas 3

CUADRO N° 10.

MERCADOS LOCALES CLASIFICADOS EN EL GRUPO III. (CUOTA MERCADO m<sup>2</sup>)

ZONA	Enseña Presentes del Grupo CARREFOUR	Cuota mercado Libreservicio Grupo C/P	Cuota Mercado Libreservicio/Competidor
Algeciras	PRYCA, CONTINENTE, DIA	35,4%	11,7% CONSUM
Cádiz			
San Fernando	PRYCA, DIA, CHAMPION	24,2%	34,5% SUPERSOL (753 m <sup>2</sup> )
Puerto Sta María	PRYCA, DIA	30,1%	33,46% SUPERSOL (886 m <sup>2</sup> )
Jerez	PRYCA, CONTINENTE, CHAMPION	27,9%	16,8% SUPERSOL (1122 m <sup>2</sup> )
Málaga	PRYCA, CONTINENTE, DIA	30,8%	16,6% SUPERSOL (665 m <sup>2</sup> )
Sevilla	PRYCA, CONTINENTE, DIA	18,4%	23,8% SUPERMAS (726 m <sup>2</sup> )
Palma Mallorca	PRYCA, CONTINENTE, DIA	24,2%	33,5% SYP (478 m <sup>2</sup> )
Murcia	PRYCA, CONTINENTE, DIA	35,1%	23,7% MERCADONA (163 m <sup>2</sup> )
Cartagena	PRYCA, CONTINENTE, DIA	33,2%	28,1% SUPERQUÉ (1000 m <sup>2</sup> )
Avilés	PRYCA, CONTINENTE, DIA	29,1% (39,2%)	32,6% ALIMERKA (586 m <sup>2</sup> )
Madrid			
Norte	PRYCA, CONTINENTE, CHAMPION, DIA	34,7%	19,6% ALCAMPO
Barcelona			
Norte	PRYCA, CONTINENTE, CHAMPION, DIA	45,6%	13,8% CONDIS
Vallés Occidental			
Tarrasa	PRYCA, CONTINENTE, SUPECO, MAXOR, DIA	31,4%	8,5% CAPRABO (689 m <sup>2</sup> )
Barberá	PRYCA, CONTINENTE, SUPECO, DIA	37,4%	11,1% DISTOP (363 m <sup>2</sup> )
Bages	PRYCA, SUPECO, DIA	42,0%	14,9% LLOBET (225 m <sup>2</sup> )
Lérida (30)	PRYCA, CHAMPION, DIA	33,2%	31,7% PLUSFREC (m <sup>2</sup> )
Gerona	MAXIM, MAXOR, SUPERSTOP, DIA	25,3%	26,3% CAPRABO



Cassa	SUPERSTOP	72,7	27,3% CAPRABO
Balt	MAXOR, DIA	35,8%	21,5% CONSUM
Figueres	MAXIM, MAXOR,DIA	35,8%	19,1% CAPRABO
L'Escala	MAXIM, MAXOR, DIA, SUPERSTOP	78,2%	--
Roses	MAXIM, MAXOR, DIA	63,01%	14,7% INTERMARCHE
Palamós	SUPERSTOP, DIA	69,7%	18,4% INTERMARCHE
Sant Feliu	SUPERSTOP, DIA	28,1%	46,2% CAPRABO
Castell-P.D'Aro	SUPERSTOP, DIA	49,7%	15,9% EUROSUPER
Palafrugell	SUPERSTOP, DIA, MAXOR	60,7%	24,3% CAPRABO
Olòt	MAXIM, MAXOR, DIA	33,2%	22,5% MAXI
Vic	MAXIM, DIA	23,1%	17,3% BON PREU
Manlleu	MAXIM, DIA	27,2%	16,7% BON PREU
Valencia	PRYCA, CONTINENTE, DIA	27,3%	31,7% MERCADONA (916 m <sup>2</sup> )
Burgos	PRYCA, CONTINENTE, DIA	32,0%	29,9% SPAR (680 m <sup>2</sup> )
Valladolid	PRYCA, CONTINENTE, DIA, CHAMPION	29,2%	23,9% EL ARBOL (498 m <sup>2</sup> )
Palencia	PRYCA, CHAMPION, DIA	41,4%	44,7% EL ARBOL (565 m <sup>2</sup> )
Badajoz	PRYCA, CONTINENTE, CHAMPION, DIA	40,0%	23,7% EL ARBOL (426 m <sup>2</sup> )

Fuente: Elaboración del Tribunal. Anexos 2 y 3

## 12.2 Rendimiento económico de los formatos comerciales (Nielsen, 2008)

### Rendimientos del Hipermercado, año 2006-2007 (en euros)

Año	Ventas/m <sup>2</sup>	Ventas/Caja	Ventas/Empleado
2006	5.867	1.200.756	217.336
2007	4.714	1.191.425	220.414

### Rendimientos del Supermercado de 1.000 a 2.499 m<sup>2</sup>, año 2006-2007 (en euros)

Año	Ventas/m <sup>2</sup>	Ventas/Caja	Ventas/Empleado
2006	4.906	863.833	237.168
2007	5.087	903.960	248.271

### Rendimientos del Supermercado de 400 a 999 m<sup>2</sup>, año 2006-2007 (en euros)

Año	Ventas/m <sup>2</sup>	Ventas/Caja	Ventas/Empleado
2006	3.353	556.495	175.386
2007	3.434	567.754	181.681

**Rendimientos del Supermercado de 100 a 399 m<sup>2</sup>, año 2006-2007 (en euros)**

Año	Ventas/m <sup>2</sup>	Ventas/Caja	Ventas/Empleado
2006	3.839	447.888	191.952
2007	3.847	444.271	194.368

**12.3 Cuotas de mercado por Comunidades Autónomas (Alimarket, 2008)**

ANDALUCIA	SUPERFICIE M2	CUOTA
CARREFOUR	438.706	20,3%
MERCADONA	376.849	17,4%
COVIRAN	204.852	9,5%
DINOSOL	145.111	6,7%
EL CORTE INGLES	134.400	6,2%
GRUPO HERMANOS		
MARTIN	113.993	5,3%
EROSKI	107.051	5,0%
AUCHAN	27.000	1,2%
CONSUM,COOP	7.957	0,4%
TOTAL CCAA	2.162.328	
C3		47,2%
C5		60,1%

ARAGON	SUPERFICIE M2	CUOTA
GALERIAS PRIMERO	78.796	22,0%
AUCHAN	61.473	17,2%
CARREFOUR	51.331	14,4%
EROSKI	49.807	13,9%
MERCADONA	36.632	10,2%
COVALCO	16.632	4,7%
EL CORTE INGLES	12.400	3,5%
TOTAL CCAA	357.503	
C3		53,6%
C5		77,8%



ASTURIAS	SUPERFICIE M2	CUOTA
<b>ALIMERKA</b>	107.034	29,6%
GRUPO EL ARBOL	60.128	16,6%
CARREFOUR	54.767	15,2%
HIJOS DE LUIS		
RODRIGUEZ	27.095	7,5%
EL CORTE INGLES	26.075	7,2%
EROSKI	22.426	6,2%
MERCADONA	21.969	6,1%
AUCHAN	9.595	2,7%
<b>TOTAL CCAA</b>	<b>361.156</b>	
C3		61,4%
C5		76,2%

BALEARES	SUPERFICIE M2	CUOTA
<b>EROSKI</b>	115.939	42,7%
MERCADONA	35.553	13,1%
CARREFOUR	17.822	6,6%
DOMINGO MARQUES	13.667	5,0%
MIQUEL		
ALIMENTACION	9.358	3,4%
AUCHAN	6.000	2,2%
<b>TOTAL CCAA</b>	<b>271466</b>	
C3		62,4%
C5		70,9%

CANARIAS	SUPERFICIE M2	CUOTA
<b>DINOSOL</b>	133.136	25,8%
AGRUCAN	98.830	19,2%
MERCADONA	78.758	15,3%
COMERCIAL JESUMAN	58.134	11,3%
UNIDE, S.COOP	30.670	5,9%
CARREFOUR	25.700	5,0%
AUCHAN	15.750	3,1%



TOTAL CCAA	515.674
C3	60,3%
C5	77,5%



CANTABRIA	SUPERFICIE M2	CUOTA
SEMARK AC GROUP, S.A	58.597	33,3%
CARREFOUR	35.514	20,2%
COVIRAN	21.001	11,9%
EROSKI	18.461	10,5%
UVESCO	15.831	9,0%
GRUPO EL ARBOL	8.961	5,1%
TOTAL CCAA	176.013	
C3	65,4%	
C5	84,9%	

CASTILLA-LA MANCHA	SUPERFICIE M2	CUOTA
MERCADONA	85.550	19,5%
CARREFOUR	80.243	18,3%
EROSKI	50.654	11,5%
ECO MORA	35.865	8,2%
AHORRAMAS	23.223	5,3%
H.D.COVALCO	15.681	3,6%
TOTAL CCAA	439.023	
C3	49,3%	
C5	62,8%	

CASTILLA Y LEÓN	SUPERFICIE M2	CUOTA
CARREFOUR	135.104	22,3%
GRUP EL ARBOL	71.214	11,7%
MERCADONA	62.215	10,3%
EROSKI	61.479	10,1%
SEMARK AC GROUP	28.425	4,7%
ALIMERKA	26.904	4,4%
TOTAL CCAA	606.941	
C3	44,2%	
C5	59,1%	



CATALUÑA	SUPERFICIE M2	CUOTA
<b>CARREFOUR</b>	298.484	18,8%
MERCADONA	159.092	10,0%
EROSKI	245.387	15,5%
CONDIS		
SUPERMERCADOS	145.895	9,2%
BON PREU	95.776	6,0%
CONSUM, COOP	81.504	5,1%
<b>TOTAL CCAA</b>	1.585.822	
C3		44,3%
C5		59,6%

EXTREMADURA	SUPERFICIE M2	CUOTA
<b>CARREFOUR</b>	70.290	25,3%
LIDER ALIMENT	63.112	22,7%
MERCADONA	32.405	11,6%
GRUPO EL ARBOL	24.870	8,9%
COOP. SAN RAFAEL	18.330	6,6%
COVIRAN	14.346	5,2%
<b>TOTAL CCAA</b>	278.270	
C3		59,6%
C5		75,1%

GALICIA	SUPERFICIE M2	CUOTA
<b>EROSKI</b>	168.178	22,4%
GADISA	163.833	21,8%
CARREFOUR	140.563	18,7%
GRUPO FROIZ	104.292	13,9%
MERCADONA	43.901	5,8%
AUCHAN	19.420	2,6%
<b>TOTAL CCAA</b>	751.313	
C3		62,9%
C5		82,6%



LA RIOJA	SUPERFICIE M2	CUOTA
EROSKI	23.539	27,6%
AUCHAN	18.267	21,5%
CARREFOUR	14.887	17,5%
MERCADONA	9.380	11,0%
LIDL		
SUPERMERCADOS	5.326	6,3%
MIQUEL		
ALIMENTACION	3.670	4,3%
TOTAL CCAA	85.135	
C3		66,6%
C5		83,9%

MADRID	SUPERFICIE M2	CUOTA
CARREFOUR	269.776	24,4%
EROSKI	138.955	12,5%
EL CORTE INGLES	120.650	10,9%
AHORRAMAS	102.273	9,2%
MERCADONA	97.168	8,8%
AUCHAN	80.321	7,3%
TOTAL CCAA	1.107.801	
C3		47,8%
C5		65,8%

MURCIA	SUPERFICIE M2	CUOTA
MERCADONA	81.219	26,0%
CARREFOUR	61.279	19,6%
EROSKI	26.055	8,3%
GRUPO UPPER S.COOP	20.836	6,7%
CONSUM, COOP	15.536	5,0%
GRUPO EL ARBOL	13.842	4,4%
TOTAL CCAA	312.139	
C3		54,0%
C5		65,7%



NAVARRA	SUPERFICIE M2	CUOTA
<b>EROSKI</b>	59.093	39,7%
CARREFOUR	31.042	20,9%
UVESCO	13.568	9,1%
COVIRAN	9.576	6,4%
AUCHAN	6.080	4,1%
LECLERC	5.150	3,5%
<b>TOTAL CCAA</b>	148.803	
C3	69,7%	
C5	80,2%	

PAÍS VASCO	SUPERFICIE M2	CUOTA
<b>EROSKI</b>	189.174	39,1%
CARREFOUR	80.200	16,6%
UVESCO	71.374	14,7%
AUCHAN	45.733	9,4%
ERCORECA	24.488	5,1%
NORALCO	16.270	3,4%
<b>TOTAL CCAA</b>	484.213	
C3	70,4%	
C5	84,9%	

VALENCIA	SUPERFICIE M2	CUOTA
<b>MERCADONA</b>	349.929	26,3%
CONSUM, COOP	274.534	20,6%
CARREFOUR	200.919	15,1%
JUAN FORNES FORNES	67.510	5,1%
EL CORTE INGLES	55.200	4,2%
EROSKI	44.042	3,3%
<b>TOTAL CCAA</b>	1.329.633	
C3	62,1%	
C5	71,3%	



## 12.4 Bases de la Garantía del Mejor Precio Carrefour

1. "EN CUALQUIER ARTÍCULO, GARANTÍA DEL MEJOR PRECIO. Si un artículo comprado o no en un hipermercado Carrefour lo encuentras más barato en otro establecimiento de la misma provincia, igualamos el precio al de nuestro competidor previa comprobación de la información."
2. Esta garantía será válida para todos los artículos de venta en hipermercados Carrefour, estén o no en oferta o se ofrezcan con cualquier acción promocional.
3. El cliente deberá solicitar esta GARANTÍA DEL MEJOR PRECIO llamando al teléfono 900.410.410.
4. El cliente que solicita la garantía puede haber comprado el artículo en Carrefour o no. Si compró el artículo en Carrefour lo acreditará mediante el correspondiente ticket de compra. Solamente se admitirá una petición por cliente para un mismo artículo.
5. La comparación con la competencia será con PVP vigentes el mismo día en que el cliente nos lo solicita. En el caso de que el cliente haya adquirido el artículo en Carrefour tendrá un plazo de 7 días para solicitarla. La comparación se hará solamente con establecimientos que se encuentren dentro de la misma provincia y siempre con precios de venta con impuestos incluidos.
6. A los efectos de comparación con los PVP de Carrefour, serán válidos los precios destinados a consumidores finales y señalizados en el punto de venta, excluyéndose, por lo tanto, precios de economatos, clubes de compra, establecimientos mayoristas, liquidaciones especiales o con limitación de cantidad, mercados y mercadillos callejeros, compra por Internet, compra por catálogo, venta por teléfono o cualquier otra forma de venta a distancia. No se aceptarán comparaciones con PVP de la competencia que se hubieran comunicado y publicado como erróneos, bien en el mismo punto de venta bien en los medios de comunicación. Así mismo, no se aceptarán comparaciones entre los distintos centros de Carrefour ni comparaciones de PVP que supongan venta a pérdida o cualquier incumplimiento de la legislación vigente.
7. La comparación de precios se hará entre artículos de la misma marca, formato, características e iguales condiciones promocionales (descuentos, regalo de otro artículo, etc.). Para artículos de venta en Carrefour, por compras de dos o más unidades (en promociones como 3x2, 2ª Unidad a Mitad de precio, etc), la comparación del artículo se hará siempre sobre el precio más barato resultante de aplicar la promoción.
8. El cliente podrá acreditar el precio de venta del otro establecimiento donde lo haya visto más barato a través de soporte publicitario, ticket o factura de compra.
9. Carrefour dispone de 24 horas para modificar el precio desde que el cliente solicita la GARANTÍA DEL MEJOR PRECIO y poder hacer efectivo el cambio del mismo (48 horas para los artículos de oferta o en folletos de Carrefour, excepto promociones por volumen en las que no se podrá modificar el precio). Las peticiones recibidas los viernes, se tramitarán el lunes siguiente.
10. Para los productos no perecederos el precio cambiado se mantendrá, al menos, durante los siguientes 30 días desde su cambio y en los productos frescos se mantendrá durante 7 días.



11. Si el cliente comprara el artículo en Carrefour, además de poder hacerlo al PVP solicitado, Carrefour le abonará la diferencia de precio en una Tarjeta Regalo Carrefour, que le entregará antes de los 8 días siguientes a la solicitud de esta GARANTÍA DEL MEJOR PRECIO. Este abono se aplicará hasta un máximo de 6 unidades por artículo de alimentación comprado e incluido en el ticket de compra y 1 unidad en artículos no alimenticios. Si ya hubiera comprado el artículo en Carrefour (durante los 7 días anteriores a la solicitud) igualmente se le abonara la diferencia en una Tarjeta Regalo Carrefour. En caso de posterior devolución del artículo, se descontaría la cantidad abonada al cliente por motivo de esta GARANTÍA DEL MEJOR PRECIO. Igualmente, podrá descontarse cualquier otro descuento asociado al artículo que se hubiera aplicado en el momento de su compra.
12. Las bases de esta GARANTÍA DEL MEJOR PRECIO están a disposición de los clientes en el Departamento de Atención al Cliente de los hipermercados Carrefour.



**12.5 Análisis de las estrategias de influencia del principal distribuidor sobre las condiciones de negociación (Estudio Cruz Roche, 1999)**

Aspectos de la negociación	Negociación con el principal distribuidor				Negociación con el distribuidor medio			
	Importancia (A)	Presión a aceptar condiciones (B)	Poder ejercido (A x B)	Contra-prestación del distribuidor	Importancia (A)	Presión a aceptar condiciones (B)	Poder ejercido (A x B)	Contra-prestación del distribuidor
Descuento sobre precio tarifa	4,76	4,42	25,78		4,85	4,02	23,42	
Cánones de referenciación (alta de nuevos productos)	5,12 (a)	4,97 (a)	29,00 (a)	4,40	4,03	4,09	19,02	3,98
Pagos atípicos (nuevas aperturas, ventas aniversario, regalos de boda, remodelación de tiendas ...)	5,64 (a)	5,73 (a)	34,61 (a)	2,02	4,56	4,48	22,44	2,00
Espacio asignado en lineales	3,55 (c)	3,36 (b)	15,76 (b)	2,76	3,12	2,85	12,79	2,62
Utilización y pago de cabeceras de góndola	5,67 (a)	5,10 (a)	30,79 (a)	4,81	4,62	4,03	21,23	4,57
Pago por utilización de plataformas de distribución	4,52 (a)	4,95 (a)	27,32 (a)	4,03 (a)	2,42	2,86	10,30	3,26
Respeto a la posición en el lineal	3,54 (b)	3,37 (b)	15,76 (b)		2,98	2,91	12,22	
Adaptación del producto a las especificaciones del distribuidor	3,00 (a)	2,73 (a)	11,72 (a)	1,85	1,94	2,09	6,88	1,83
Aportaciones para gastos de publicidad	5,25 (a)	5,47 (a)	31,14 (a)	3,12	4,50	4,58	22,28	3,13



Aspectos de la negociación	Negociación con el principal distribuidor				Negociación con el distribuidor medio			
	Importancia (A)	Presión a aceptar condiciones (B)	Poder ejercido (A x B)	Contra-prestación del distribuidor	Importancia (A)	Presión a aceptar condiciones (B)	Poder ejercido (A x B)	Contra-prestación del distribuidor
Asunción de gastos relacionados con el proceso de devoluciones	4,00 (a)	4,15 (a)	20,23 (a)	2,26	3,45	3,47	15,58	1,98
Días de aplazamiento de pago	5,01 (a)	4,79 (a)	26,21 (a)		4,47	4,03	20,70	
Días prefijados para los pagos	5,27 (a)	5,05 (a)	28,14 (a)		4,69	4,16	21,79	
Promociones en punto de venta	5,64 (c)	4,74 (c)	29,03 (a)	4,65	5,27	4,00	24,25	4,88
Codificación y etiquetado de los productos y embalajes	3,42 (a)	2,62 (a)	12,63 (a)		2,91	2,03	8,87	
Reposición de los productos en los lineales	5,16 (a)	4,39 (a)	25,14 (a)	3,48 (b)	3,02	2,72	11,98	2,79
Selección del producto y definición de surtidos dentro de la categoría	5,15 (a)	4,23 (a)	24,19 (a)		3,85	3,09	14,69	
NEGOCIACIÓN GLOBAL			391,27 (a)				259,02	

(a) Diferencia estadísticamente significativa al 99 por 100 respecto a la negociación con el distribuidor medio.

(b) Diferencia estadísticamente significativa al 95 por 100 respecto a la negociación con el distribuidor medio.

(c) Diferencia estadísticamente significativa al 90 por 100 respecto a la negociación con el distribuidor medio.



## 12.6 Medición del grado de conflicto (Estudio Cruz Roche, 1999)

Aspectos de la negociación	Negociación con el principal distribuidor			Negociación con el distribuidor medio		
	Importancia	Desacuerdo	Conflictos	Importancia	Desacuerdo	Conflictos
Descuento sobre precio tarifa	4,76	3,37	20,43	4,85	3,34	19,65
Cánones de referenciación (alta de nuevos productos)	5,12 (a)	4,88 (a)	27,48 (a)	4,03	4,05	18,03
Pagos atípicos (nuevas aperturas, ventas aniversario ...)	5,64 (a)	5,60 (a)	33,14 (a)	4,56	4,71	23,08
Espacio asignado en lineales	3,55 (c)	3,90 (c)	17,16 (b)	3,12	3,38	13,32
Utilización y pago de cabeceras de góndola	5,67 (a)	4,70 (a)	28,56 (a)	4,62	3,89	20,67
Pago por utilización de plataformas de distribución	4,52 (a)	4,06 (a)	22,29 (a)	2,42	2,63	8,66
Respeto a la posición en el lineal	3,54 (b)	3,70	15,86	2,98	3,37	13,19
Adaptación del producto a las especificaciones del distribuidor	3,00 (a)	2,26	10,22 (a)	1,94	2,03	6,33
Aportaciones para gastos de publicidad	5,25 (a)	4,89	27,89 (a)	4,50	4,48	21,60
Asunción de gastos relacionados con el proceso de devoluciones	4,00 (a)	3,76 (b)	18,74 (a)	3,45	3,19	13,70



Aspectos de la negociación	Negociación con el principal distribuidor			Negociación con el distribuidor medio		
	Importancia	Desacuerdo	Conflictos	Importancia	Desacuerdo	Conflictos
Días de aplazamiento de pago	5,01 (a)	4,35 (c)	23,98 (b)	4,47	3,92	20,15
Días prefijados para los pagos	5,27 (a)	3,89 (b)	21,74 (a)	4,69	3,32	17,30
Promociones en punto de venta	5,64 (c)	4,26	25,95 (b)	5,27	4,02	22,22
Codificación y etiquetado de los productos y embalajes	3,42 (a)	1,79 (a)	9,32 (a)	2,91	1,45	6,68
Reposición de los productos en los lineales	5,16 (a)	3,67 (a)	21,46 (a)	3,02	2,35	9,48
Selección del producto y definición de surtidos dentro de la categoría	5,15 (a)	4,05 (b)	22,92 (a)	3,85	3,55	16,34
NEGOCIACIÓN GLOBAL	348,24 (a)		244,56			

(a) Diferencia estadísticamente significativa al 99 por 100 respecto a la negociación con el distribuidor medio.

(b) Diferencia estadísticamente significativa al 95 por 100 respecto a la negociación con el distribuidor medio.

(c) Diferencia estadísticamente significativa al 90 por 100 respecto a la negociación con el distribuidor medio.



## 12.7 Prácticas de la distribución en relación a sus proveedores (Reino Unido)

Estudio Competition Commission 2000, Anexo 11.3, pp. 396-425.

TABLE 1 Supermarkets' responses on individual practices

	Practice													
	Aldi	Asda	Booth	Budgens	Co-ops	Iceland	M&S	Morrison	Netto	Safeway	Sainsbury	Somerfield	Tesco	Waitrose
ID1.	Held a formal or informal list of suppliers from which the majority of goods you stock are purchased and such listing is normally a condition of supply to you.													
ID2.	Required or requested payments from suppliers as a condition of stocking and displaying their products, or as a pre-condition for being on your list of suppliers (see Practice 1). If you answered 'Yes', please say whether you give any compensating undertakings (eg in terms of guaranteed minimum order) and give details.				✓	✓	✓		✓	✓		●	✓	
ID3.	Required or requested suppliers to make a payment for better positioning of their products within your stores.	✓	✓	✓			✓		✓	✓	●			✓
ID4.	Required or requested suppliers to give you an improvement in terms in return for increasing the range or depth of distribution of their products within your stores.	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
ID5.	Required payment from a supplier in return for it being appointed by you to manage a category of products.													
ID6.	Allowed or agreed suppliers designated by your company as category managers to charge other suppliers for display space within your stores.													
ID7.	Refused to provide sales data to some suppliers concerning their products whilst providing such data to suppliers designated as category managers.													
ID8.	Required solus supply* of a product (other than retailer's own-label).									✓	✓	●	✓	
ID9.	Required or requested a financial contribution from a supplier in return for its products being promoted within the store during the year (described by some suppliers as 'pay to play' or 'TAA').				✓	✓	✓	✓	□	✓	✓	✓		
ID10.	Required suppliers to give overriding or 'in anticipation' discounts.	✓	✓	✓	✓	✓				✓	●		●	
ID11.	Sought discounts from suppliers retrospectively which reduced the price of the product agreed at the time of the sale.	✓	✓	✓	✓				✓	✓	✓		●	
ID12.	Debited suppliers' invoices, or otherwise claimed from them, without their agreement.	✓	✓	✓					✓	✓			●	✓
ID13.	Required or requested compensation from a supplier when your profits from a product were less than you expected (excluding promotional activity which is covered by Activity 48).							□		✓	✓		✓	
ID14.	Sought support from a supplier to match a lower retail price of a product by a competing retailer.	✓	✓	✓	✓	✓	✓		✓	✓	✓	✓	✓	✓

\*ie that the supplier did not supply the product to any other retailer or multiple.

Notes:

✓ the multiple said that it had carried out the practice

● indicates that a supplier indicated that the multiple concerned had carried out the practice, but the multiple did not acknowledge it. We were not always able to resolve these differences.

□ indicates that the multiple said that the practice was not company policy, or did not respond, or that we interpreted and provisionally found that it had carried out the practice. We did not receive a response from Lidl.

398

	Practice													
	Aldi	Asda	Booth	Budgens	Co-ops	Iceland	M&S	Morrison	Netto	Safeway	Sainsbury	Somerfield	Tesco	Waitrose
ID15.	Requested a supplier to reduce the discounts it had offered to other retailers(s).													
ID16.	Required or requested suppliers to make payments to cover product wastage.	✓	✓	✓	✓		✓		✓	✓	✓	✓	●	✓
ID17.	Required or requested suppliers to buy back unsold items, or failed to pay for them outside a written agreement that 'sale or return' was in the terms of the sale.	✓		✓						✓	✓	✓		
ID18.	Charged suppliers for retailer audits of food safety above the actual costs of the audit to your company.													
ID19.	Required or requested suppliers to contribute to your costs of buyer visits to new or prospective suppliers, artwork and packaging design, consumer panels, market research, or to provide hospitality to your company or its employees.	✓	✓	✓	✓	✓	✓	□	✓	✓	✓	✓	✓	✓
ID20.	Levied charges on suppliers for discrepancies in supply where the source of the discrepancy had not been agreed with the supplier, or where written information on the circumstances was not provided to the supplier.			✓										
ID21.	Failed to compensate suppliers for costs caused through your company's forecasting errors or order changes.	✓			✓					✓	✓			
ID22.	Levied charges on suppliers for consumer complaints which exceeded your actual costs, or were not for a product fault, or for which written information was not provided to the supplier.					✓						✓		
ID23.	Required or requested suppliers to contribute specifically to the costs of store refurbishment or the opening of a new store.				✓				✓	✓	✓		●	
ID24.	Introduced a change to any aspect of the supply chain procedures which reasonably could be expected to increase a supplier's costs without compensating the supplier or sharing any savings achieved.	✓	✓		✓	✓			✓	✓				
	Contractual arrangements													
ID25.	Delayed payments to suppliers outside agreed contractual periods, or by more than 30 days from the date of invoice, where deliveries had been made to your specification.	✓										✓		
ID26.	Discriminated between suppliers in the length of the credit period you accepted.		✓	✓	✓	✓	✓		✓					
ID27.	Changed the quantities or specification of a product previously agreed with a supplier with less than 3 days notice without financially compensating the supplier for any losses it incurred.	✓			✓					✓		✓		

Notes:

✓ the multiple said that it had carried out the practice

● indicates that a supplier indicated that the multiple concerned had carried out the practice, but the multiple did not acknowledge it. We were not always able to resolve these differences.

□ indicates that the multiple said that the practice was not company policy, or did not respond, or that we interpreted and provisionally found that it had carried out the practice. We did not receive a response from Lidl.

399



	Activity												
	Asda	B&Q	Booth	Bodens	C-ops	Co-op	Iceland	M&S	Metro	Sainsbury	Seaway	Sainsbury	Waitrose
<i>Delisting</i>													
ID28.	Delisted a supplier or caused a supplier to reduce prices at your request under threat of delisting.	✓	✓	✓	✓	✓			✓	✓	✓	✓	✓
ID29.	Suggested to a supplier that you would delist a product and later withdrew suggestion having received a discount on an unrelated product or a general improvement in terms.	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
ID30.	Delisted any producer/growers who had failed to deliver agreed quantities owing to weather conditions.	✓											
ID31.	Delisted any suppliers of branded products in favour of your nearest own-label equivalent.	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
<i>Intermediaries</i>													
ID32.	Required suppliers to purchase goods or services from designated companies (eg hauliers, packing companies, labelling companies). If you answered 'yes' please explain whether your company received a commission or other benefit from the designated company AND whether there were cases where you did not disclose the receipt of such a benefit to the supplier. Please give details.		✓		✓	✓	□	✓	✓	✓	✓	✓	✓
ID33.	Instructed intermediaries (eg packing houses) not to allow goods to be handled or processed which were intended for delivery to other retailers, where those goods originated from producers with whom your company had ceased trading.		✓									●	
ID34.	Suggested to one supplier that unless it agreed to pay a listing charge to your company, you would recommend to a second supplier that it should not trade with the first company.												
<i>Prices</i>													
ID35.	Sought information from a supplier on the supply or pricing of its product(s) to other retailers.	✓	✓	✓	✓	✓			✓	✓	✓	✓	✓
ID36.	Made it a condition of supply to your company that a supplier did not supply the same or similar product to another retailer at lower prices.												
ID37.	Sought to influence a supplier not to supply a product to another retailer where that retailer was, or was believed to be, offering the product at a lower price.												
ID38.	Required suppliers to maintain a lower wholesale price previously renegotiated for an increased order when the volumes you purchased were subsequently reduced.	✓	✓	✓	✓	✓							
ID39.	Over-ordered goods at a promotional price from a supplier, which you subsequently sold into retail at a higher price without compensating the supplier.	✓	✓	✓	✓	✓			✓	✓	✓		
The ceased to stock, at one or more outlets, one or more of a supplier's product lines.													

Notes:

✓ the multiple said that it had carried out the practice.

● indicates that a supplier indicated that the multiple concerned had carried out the practice, but the multiple did not acknowledge it. We were not always able to resolve these differences.

□ indicates that the multiple said that the practice was not company policy, or did not respond, or that we interpreted and provisionally found that it had carried out the practice. We did not receive a response from Lidl.

400

	Activity												
	Asda	B&Q	Booth	Bodens	C-ops	Co-op	Iceland	M&S	Metro	Sainsbury	Seaway	Sainsbury	Waitrose
<i>Product specifications</i>													
ID40.	Sold a product on which the labelling indicated, or might be taken to indicate, that the product was of British/UK origin when the consumable originated overseas (eg when it was packed in the UK after being imported from abroad).	✓							✓		✓		
ID41.	Bought products from one supplier (including imports) with no guarantee that the products met the standards required by you of other suppliers.												
ID42.	Differentiated in the quality or quantity of auditing or monitoring of quality standards between different classes of products.												
ID43.	Unilaterally imposed charges on suppliers for not meeting product specifications without proven investigation that the problem might have originated at the store (eg through mishandling or poor stock rotation).	✓					□			●			
<i>Supplier contributions to marketing/promotional activities</i>													
ID44.	Debtied suppliers' invoices (or otherwise claimed) for monies for promotions which were not for the sum previously agreed with the supplier, or had not yet taken place, or which were without provision of back-up data to the supplier.		✓										
ID45.	Required suppliers predominantly to fund the cost of promotions such as 'buy one get one free'.		✓	✓	✓	✓	□	✓					
ID46.	Instigated a promotion on a product without the agreement of the supplier and requested the supplier retrospectively to fund the promotion.	✓		✓							✓		
ID47.	Required or requested suppliers predominantly to reduce the previously agreed wholesale price of products in support of the marketing initiatives within which the price initially was associated.	✓		✓	✓	✓							
ID48.	Required or requested suppliers to make a financial contribution if a promotional activity carried out by your company failed to meet expected target.	✓				✓						✓	
ID49.	Required supplier to bear the costs of surplus special packaging ordered by your company for a promotion when sales did not meet expectations.											✓	
ID50.	Required or requested suppliers to make a financial contribution to the costs of bar-code changes or reduced price-marked packs.	✓	✓	✓	✓			✓			✓	✓	
ID51.	Invited suppliers to make contributions to charitable organizations (directly or by participation in events designed to raise money for such bodies). Yes, please comment on the form such invitations took and any monitoring you undertook of the outcome.	✓	✓			✓	✓	✓		✓	✓	✓	
ID52.	Required or requested suppliers to make payments for a specific promotion (eg gondola ends, advertising allowances) where the payments exceeded the actual costs to your company.		✓	✓	✓	✓				✓	□	●	

Source: CC questionnaire.



## 12.8 Prácticas contrarias al interés público (Reino Unido)

Estudio Competition Commission 2000, Conclusiones, pp. 140-143.

TABLE 2.14 Practices engaged in by any of the major buyers showing findings on the complex monopoly situation and the public interest



1 <i>ID (see Appendix 11.3)</i>	2 <i>Major buyer engaging in the practice</i>	3 <i>Description</i>	4 <i>Cate- gory</i>	5 <i>Complex monopoly finding: practices distorting competition between Suppliers Retailers</i>	6 <i>Para- graph reference of finding</i>	7 <i>Practices adversely affecting the public interest</i>
2	Safeway Somerfield	Required or requested payments from suppliers as a condition of stocking and displaying their products, or as a pre-condition for being on your list of suppliers	A	✓	2.476	✓*
3	Asda Safeway	Required or requested suppliers to make a payment for better positioning of their products within your stores	A	✓	2.477	✓
4	Safeway Sainsbury Somerfield Tesco	Required or requested suppliers to give an improvement in terms in return for increasing the range or depth of distribution of their products within your stores	A	✓	2.478	✓
9	Asda Safeway Sainsbury Tesco	Required or requested a financial contribution from a supplier in return for its products being promoted within the store during the year (described by some suppliers as 'pay to play' or 'TAA')	A	✓	2.479	
10	Safeway [ * ]	Required suppliers to give overriding or 'in anticipation' discounts	D	✓	2.494	✓
11	Asda Safeway Sainsbury Somerfield	Sought discounts from suppliers retrospectively which reduced the price of the product agreed at the time of sale	D	✓	2.495	✓
13	Asda Safeway Somerfield	Required or requested compensation from a supplier when your profits from a product were less than you expected (excluding promotional activity which is covered by activity 48)	D	✓	2.496	✓
14	Asda Safeway Sainsbury Somerfield	Sought support from a supplier to match a lower retail price of a product by a competing retailer	D	✓	2.497	✓
16	Asda Safeway Sainsbury Somerfield Tesco	Required or requested suppliers to make payments to cover product wastage	D	✓	2.498	✓
17	Asda Safeway Somerfield	Required or requested suppliers to buy back unsold items, or failed to pay for them outside a written agreement that 'sale or return' was in the terms of the sale	D	✓	2.499	✓
19	Asda Safeway Sainsbury Somerfield Tesco	Required or requested suppliers to contribute to your costs of buyer visits to new or prospective suppliers, artwork and packaging design, consumer panels, market research, or to provide hospitality to your company or its employees	G	✓	2.523	✓

\*Ibid footnote on page 111.



1 <i>ID (see Appendix 11.3)</i>	2 <i>Major buyer engaging in the practice</i>	3 <i>Description</i>	4 <i>Category</i>	5 <i>Complex monopoly finding: practices distorting competition between Suppliers and Retailers</i>	6 <i>Paragraph reference of finding</i>	7 <i>Practices adversely affecting the public interest</i>
21	Asda Safeway Sainsbury	Failed to compensate suppliers for costs caused through your company's forecasting errors or order changes	D	✓ ✓	2.500	✓
22	Sainsbury	Levied charges on suppliers for consumer complaints which exceeded your actual costs, or were not for a product fault, or for which written information was not provided to the supplier	D	✓ ✓	2.501	✓
23	Safeway	Required or requested suppliers to contribute specifically to the costs of store refurbishment or the opening of a new store	G	✓	2.525	✓
24	Asda Safeway	Introduced a change to any aspect of the supply chain procedures which reasonably could be expected to increase a supplier's costs without compensating the supplier or sharing any savings achieved	G	✓	2.526	✓
25	Asda Safeway	Delayed payments to suppliers outside agreed contractual periods, or by more than 30 days from the date of invoice, where deliveries had been made to your specification	E	✓ ✓	2.510	✓
26	Asda Sainsbury Safeway Somerfield Tesco	Discriminated between suppliers in the length of credit period you accepted	A	✓	2.480	
27	Asda Somerfield	Changed the quantities or specifications of a product previously agreed with a supplier with less than 3 days' notice without financially compensating the supplier for any losses incurred	E	✓ ✓	2.511	✓
32	Asda Safeway Sainsbury Somerfield Tesco	Required suppliers to purchase goods or services from designated companies, eg hauliers, packaging companies, labelling companies. If you answered 'Yes', please say whether your company received a commission or other benefit from the designated company AND whether there were cases where you did not disclose the receipt of such a benefit to the supplier. Please give details.	H	✓	2.533	✓*
38	Asda	Required suppliers to maintain a lower wholesale price previously renegotiated for an increased order when the volumes purchased were subsequently reduced	E	✓ ✓	2.512	✓



1 <i>ID (see Appendix 11.3)</i>	2 <i>Major buyer engaging in the practice</i>	3 <i>Description</i>	4 <i>Category</i>	5 <i>Complex monopoly finding: practices distorting competition between Suppliers and Retailers</i>	6 <i>Paragraph reference of finding</i>	7 <i>Practices adversely affecting the public interest</i>
39	Asda Safeway	Over-ordered goods at a promotional price from a supplier, which you subsequently sold into retail at a higher price without compensating the supplier	E	✓ ✓	2.513	✓
40	Asda Somerfield	Sold a product on which the labelling indicated, or might be taken to indicate, that the product was of UK/British origin when the consumable originated overseas (eg when it was packed in the UK after being imported from abroad)	C	✓ ✓	2.491	✓
45	Tesco	Required suppliers predominantly to fund the cost of promotions such as 'Buy one get one free'	G	✓ ✓	2.528	✓
46	Asda Safeway	Instigated a promotion on a product without the agreement of the supplier and requested the supplier retrospectively to fund the promotion	E	✓ ✓	2.515	✓
47	Asda Tesco	Required or requested suppliers permanently to reduce the previously agreed wholesale price of products in support of the marketing initiatives within which the price initially was associated	E	✓ ✓	2.516	✓
48	Asda Somerfield	Required or requested suppliers to make a financial contribution if a promotional activity carried out by your company failed to meet expected target	D	✓ ✓	2.504	✓
49	Somerfield	Required supplier to bear the cost of surplus special packaging ordered by your company for a promotion when sales did not meet expectations	D	✓ ✓	2.505	✓
50	Safeway Sainsbury Somerfield Tesco	Required or requested suppliers to make a financial contribution to the costs of bar-code changes or reduced price-marked packs	G	✓	2.529	✓
51	Asda Safeway Sainsbury Somerfield Tesco	Invited suppliers to make contributions to charitable organizations (directly or by participation in events designed to raise money for such bodies). If 'Yes', please comment on the form such invitations took and any monitoring you undertook of the outcome	G	✓	2.530	
52	Somerfield	Required or requested suppliers to make payments for a specific promotion (eg gondola ends, advertising allowances) where the payments exceeded the actual costs to your company	A	✓	2.483	✓

Source: CC.

Note: ✓\* indicates that practice is against the public interest only in certain circumstances (see paragraph 2.547).



## 12.9 Código de Conducta (Reino Unido)

### **Code of practice on supermarkets' dealings with suppliers**

HAVING REGARD TO the Fair Trading Act 1973;

HAVING REGARD TO the Supermarkets Report of the Competition Commission;

RECOGNISING that:

- (a) a competitive market is the most effective way of protecting the interests of UK consumers;
- (b) in a free and fair market place, the supermarkets compete with each other in the level of service, quality of product and value for money that they offer to UK consumers; and
- (c) it is in the interests of UK consumers that supermarkets should constantly seek to improve their operating efficiency.

WHEREAS:

- (a) The Competition Commission has recommended that a code of practice should be introduced to put relations between supermarkets and their Suppliers on a clearer and more predictable basis.
- (b) The Competition Commission found that the undue exercise of buyer power by supermarkets in the circumstances identified in the Supermarkets Report has effects which are against the public interest.
- (c) The Director, following consultation with the supermarkets, has devised this code of practice to meet the concerns of the Competition Commission without wishing to inhibit mutually beneficial arrangements genuinely entered into by supermarkets and their Suppliers.
- (d) The effective operation of this code depends upon both the supermarkets and their Suppliers being reasonable in their dealings with each other.
- (e) The Director expects that the dispute resolution procedure provided for in this code will be effective and that mediation is the most appropriate way of resolving disputes arising under the code.
- (f) The supermarkets are fully committed to the objectives of this code and undertake to operate under this code in good faith.

NOW THEREFORE this code has effect:



## PART 1 - STANDARD TERMS OF BUSINESS

Terms of business to be available in writing

1. The terms of business offered by a Supermarket for its dealings with a Supplier shall be available in writing at the request of that Supplier such that:
  - a. the standard terms of business offered to all Suppliers, or to all Suppliers in a particular category, shall be available at the request of any Supplier in that category; and
  - b. the particular terms of business offered to any one Supplier shall be available at the request of that Supplier.
2. Reasonable Notice of variation of a Supermarket's terms of business shall be given to the affected Supplier(s).

No undue delay in Payments

3. A Supermarket shall pay a Supplier for products delivered to that Supermarket's specification within a reasonable time after the date of that Supplier's invoice.

## PART 2 – PRICES & PAYMENTS

No retrospective reduction in price without Reasonable Notice

4. A Supermarket shall not directly or indirectly require a Supplier to reduce the agreed price of or increase the agreed discount for any product *unless* Reasonable Notice of such requirement is given to that Supplier in writing before the relevant supplies of that product are made.

No obligation to contribute to marketing costs

5. A Supermarket shall not, directly or indirectly, Unreasonably Require a Supplier to make any Payment towards that Supermarket's costs of:
  - a. buyer visits to new or prospective Suppliers;
  - b. artwork or packaging design;
  - c. consumer or market research;
  - d. the opening or refurbishing of a store; or
  - e. hospitality for that Supermarket's staff.

No Payments for lower profits *unless* the basis of Payment is agreed in advance

6. A Supermarket shall not directly or indirectly require a Supplier to make any Payment to compensate that Supermarket when profits from the sale of that Supplier's products are lower than expected by that Supermarket *unless* the basis of any such Payment is



agreed in writing between that Supermarket and that Supplier before the relevant supplies of that product are made.

No Payments for wastage without prior agreement, negligence or default

7. A Supermarket shall not directly or indirectly require a Supplier to make any Payment to cover any wastage of that Supplier's products incurred at that Supermarket's stores *unless*
  - (a) such wastage is due to the negligence or default of that Supplier; or
  - (b) the basis of such Payment is agreed in writing between that Supermarket and that Supplier before the relevant supplies of that product are made.

8. A Supermarket shall use its best endeavours to agree in writing with a Supplier what principal factors in their dealings would be likely to amount to negligence or default on the part of that Supplier.

Limited circumstances for lump sum payments as a condition of being a Supplier

9. A Supermarket shall not directly or indirectly require a Supplier to make any lump sum payment as a condition of stocking or listing that Supplier's products *unless* either:
  - (a) such payment is made in relation to a Promotion; or
  - (b) such payment:
    - (i) is made in respect of new products which have not been stocked, displayed or listed by that Supermarket during the preceding 365 days in 25 per cent or more of its stores; and
    - (ii) reflects a reasonable estimate by that Supermarket of the risk run by that Supermarket in stocking, displaying or listing such new products

No lump sum payments for better positioning of goods *unless* in relation to Promotions

10. A Supermarket shall not directly or indirectly require a Supplier to make any lump sum payment in order to secure better positioning or an increase in the allocation of shelf space for any products of that Supplier within a store *unless* such payment is made in relation to a Promotion.

### PART 3 – PROMOTIONS

No Promotions without Reasonable Notice

11. Where a Supermarket directly or indirectly requires any Payment from a Supplier in support of a Promotion of one of that Supplier's products, a Supermarket shall only hold that Promotion after Reasonable Notice has been given to that Supplier in writing.



Due care to be taken when ordering for Promotions

12.A Supermarket shall take due care when ordering products from a Supplier at a promotional wholesale price not to over-order, and, if that Supermarket fails to take such care, it shall compensate that Supplier for any product over-ordered and which it subsequently sells at a higher non-promotional retail price.

13.A Supermarket shall ensure that the basis on which any order for a Promotion is calculated is transparent.

Suppliers not predominantly to fund Promotions

14.A Supermarket shall not, directly or indirectly, Unreasonably Require a Supplier predominantly to fund the costs of a Promotion.

PART 4 - COMPENSATION

No change to supply chain procedures without Reasonable Notice or compensation

15.A Supermarket shall not directly or indirectly require a Supplier to change significantly any aspect of the normal supply chain procedures *unless* that Supermarket either:

- (a) gives Reasonable Notice of such change to that Supplier in writing; or
- (b) fully compensates that Supplier for any net resulting costs incurred as a direct result of the failure to give Reasonable Notice.

No change to specifications without Reasonable Notice or compensation

16.A Supermarket shall not directly or indirectly require a Supplier to change the specification (including the quantity of products required) of any agreed order *unless* that Supermarket either:

- (a) gives Reasonable Notice of such change to that Supplier in writing; or
- (b) fully compensates that Supplier for any net resulting costs incurred as a direct result of the failure to give Reasonable Notice.

Limited circumstances for compensation for erroneous forecasts

17.Notwithstanding clauses 15 and 16 above, a Supermarket shall fully compensate a Supplier for any cost incurred by that Supplier as a result of any forecasting error attributable to that Supermarket *unless*:

- (a) that Supermarket has prepared those forecasts in good faith and with due care; or
- (b) there is an agreement in writing between that Supermarket and that Supplier before the relevant supplies of the product are made that such compensation is not appropriate.

18.A Supermarket shall ensure that the basis on which it prepares any forecast is transparent.



## PART 5 – CONSUMER COMPLAINTS

No unjustified payment for consumer complaints

19. Subject to clause 21 below, where any consumer complaint can be resolved in store by a Supermarket refunding the retail price or replacing the relevant product, that Supermarket shall not directly or indirectly require a Supplier to make any Payment for resolving such a complaint *unless*:

- (a) the Payment does not exceed the retail price of the product charged by that Supermarket;
- (b) that Supermarket is satisfied on reasonable grounds that the consumer complaint is justifiable and attributable to a failing on the part of that Supplier; and
- (c) that Supermarket gives notice to that Supplier of such complaint.

20. Subject to clause 21 below, where any consumer complaint cannot be resolved in store by a Supermarket refunding the retail price or replacing the relevant product, that Supermarket shall not directly or indirectly require a Supplier to make any Payment for resolving such a complaint *unless*:

- (a) the Payment is reasonably related to that Supermarket's costs arising from that complaint;
- (b) that Supermarket has verified that the consumer complaint is justifiable and attributable to a failing on the part of that supplier; and
- (c) a full report about the complaint (including the basis of the attribution) has been made by that Supermarket to that Supplier.

21. A Supermarket may agree with a Supplier an average figure for Payments for resolving such complaints as an alternative to accounting for complaints individually.

## PART 6 – THIRD PARTY DEALINGS

No tying third party goods and services for payment

22. A Supermarket shall not directly or indirectly require a Supplier to obtain any goods, services or property from any third party where that Supermarket obtains any Payment for this arrangement from any third party, *unless* the Supplier's alternative source for those goods, services or property:

- (a) fails to meet the objective quality standards laid down for that Supplier by that Supermarket for the supply of such goods, services or property; or
- (b) charges more than any other third party recommended by that Supermarket for the supply of such goods, services or property.

## PART 7 – STAFF TRAINING

Obligatory training for buyers



23. A Supermarket shall supply a copy of this code to all Grocery buying staff.
24. A Supermarket shall provide training on the requirements of this code to all Grocery buying staff.
25. A Supermarket shall furnish to the Director an annual return detailing staff training and guidance issued in relation to this code in such form and on such days as the Director may specify from time to time.

#### PART 8 - GENERAL

##### Compliance and dispute resolution

26. A Supermarket shall negotiate in good faith with a Supplier to resolve any dispute arising under the terms of this code.
27. If bi-lateral negotiations under clause 26 above cannot resolve a dispute within 90 days of that dispute arising, a Supermarket shall at its own expense offer the services of the Mediator to assist.
28. If the Mediator under clause 27 above has failed to resolve a dispute, the Supermarket shall give notice to the Director.
29. A Supermarket shall notify the contact details of any Mediator to the Director.
30. A Supermarket shall procure the Mediator to supply to the Director:
  - (a) an annual return of its work under this code in such form and on such days as the Director may specify from time to time; and
  - (b) such other information as the Director may specify from time to time in relation to individual cases on which the Director is considering taking action.

##### Interpretation

31. For the avoidance of doubt, compliance with this code does not affect the duty on any person to comply with or restrict the application of the Competition Act 1998.

32. In this code:

'the Director' means the Director General of Fair Trading;

'Groceries' are products sold from any retail store in the United Kingdom and include food, pet food, alcoholic and non alcoholic drinks, cleaning products, toiletries (dental care products, soap, hair care, sanitary protection, nappies and similar products) and household goods (tissues, kitchen rolls, food wrappings, bin liners, light bulbs and similar products) but exclude food and alcoholic and non alcoholic drinks sold for consumption in the store where it is purchased, petrol, clothing, DIY products, financial services, pharmaceuticals, newspapers, magazines, greetings cards, compact discs, video and audio tapes, toys, plants, flowers, perfumes, cosmetics, electrical appliances, kitchen hardware, gardening equipment, books, tobacco and tobacco products and 'Grocery' means any one of them;



'Group of Interconnected Bodies Corporate' has the meaning given in section 137(5) of the Fair Trading Act 1973; 'the Mediator' means such independent person or persons as shall be appointed by a Supermarket under clause 27 above from time to time to provide mediation services;

'Payment' or 'Payments' includes an inducement in any form (monetary or otherwise) and includes better contractual terms;

'Person' includes a body of persons corporate or unincorporate;

'Promotion' means any offer for sale at an introductory or a reduced retail price, or with some additional benefit to consumers that is intended to be only for a specified period; the meaning of 'Reasonable Notice' in clauses 2, 4, 11, 15 or 16 depends on the circumstances of each case including, for example:

(a) whether the notice period given is objectively justifiable and this depends on the circumstances of each case including, for example:

- (i) the duration of any relevant contract or the frequency with which orders are placed by the Supermarket for relevant Groceries;
- (ii) the characteristics of the relevant Groceries and their production including durability and dependency on external factors such as the weather;
- (iii) the value of any relevant order relative to the turnover of the Supplier in question; and
- (iv) the overall impact on the business of the Supplier of the information given in the notice;

(b) whether the reasons for the notice period given are transparent; and

(c) whether similar cases are treated alike;

'Reference Stores' means multiple stores in the United Kingdom being supermarkets with 600 square metres or more of grocery sales area, where the space devoted to the retail sale of food and non-alcoholic drinks exceeds 300 square metres and which are controlled by a person who controls ten or more such stores;

'the supermarkets Report' means the report of the Competition Commission on the supply of Groceries from multiple stores in the United Kingdom presented to Parliament in October 2000 (Cm 4842);

'supermarkets' means all retailers of Groceries which operate Reference Stores with 8% or more of the market for the purchase of Groceries for resale from their stores in the United Kingdom and 'Supermarket' means any one of them;

'Supplier' means any Person actually or potentially carrying on a business in the supply of Groceries to any Supermarket, such Person being established anywhere in the world but, in relation to any Supermarket, excludes any Person which is a member of the same Group of Interconnected Bodies Corporate as that Supermarket;



'Unreasonably Require' in clauses 5 and 14 excludes a case where a Supplier genuinely volunteers to make a Payment in response to ordinary commercial pressures, provided that, where those pressures are partly or wholly attributable to a Supermarket, they shall only be deemed to be ordinary commercial pressures where they are objectively justifiable, transparent and result in similar cases being treated alike; and 'in writing' includes by e-mail.

## 12.10 Decisión de la autoridad de competencia israelí

### The Israel Antitrust Authority's Ten Instructions for binding Major Retailer/ Dominant Supplier commercial relationships and communications

May 29, 2003 (original Israel Antitrust Authority document is 26 pages in Hebrew. It was translated and summarized into 4 pages for workshop)

1. A chain shall not accept, and a supplier shall not offer, a benefit aimed at changing the identity of the supplier's rivals on the chain's shelves, reducing their number or diminishing the size or attractiveness of the display area. A chain and supplier shall not negotiate the identity, number, terms of agreement, or scope of sales of the supplier's rivals on the shelves.
  2. A chain shall not accept, and a supplier shall not offer, a benefit aimed at affecting chains decisions for whether to introduce, discontinue, or decrease sales of private labels or parallel imports.
  3. A chain and dominant supplier shall not agree on making available to the supplier:
    - a) Display areas exceeding 50% of display areas for the entire category; or b) Exclusivity in non-shelf display areas for more than 3 months a year, 30 consecutive days, or the entire high holidays. Any agreements for allocation of display areas shall be no more than one year in duration.
  4. A chain shall manage all its categories independently and without any supplier involvement, including, but not limited to, in determining the product and supplier variety and the display areas size and place.
  5. A chain shall not accept, and a supplier shall not offer, a benefit in return for the dominant supplier's achieving of a preset sales target, unless the target is limited to a specific product and the benefit is given only for units sold after the target has been achieved. Products sold in discount shall not be sold under their production cost.
  6. A chain shall not accept, and a supplier shall not offer, a benefit in return for setting the supplier's minimum market share or a rival's maximum market share in the chain's sales.
  7. A chain and supplier shall not negotiate an agreement constraining directly or indirectly the inability of a rival supplier to hold a special sale together with the chain or the ability of a rival chain to hold a special sale together with the supplier.
  8. A supplier shall not affect directly or indirectly a chain's decision regarding the consumer price of the supplier's or its rival's products.
- Notwithstanding the foregoing, a supplier may agree with a chain, for promotional purposes, on a maximum resale price, or recommendation to the chain, for a period not exceeding nine months, an introduction price for a new product.
9. A chain shall not contact a supplier with any inquiries in regards to the consumer price of the supplier's products at another chain. Notwithstanding the generality of the



foregoing, a chain shall not ask the supplier retroactively or unilaterally, for compensation for any form of discounts that the supplier has offered the chain's rivals.

10. A supplier shall not submit and a chain shall not accept, information relating to the sold quantity or the terms of the sales of the supplier's products at a competing chain. A chain shall not submit and a supplier shall not accept information relating to the sold quantity or the terms of the sales of other suppliers products on the chain's shelves.

### **12.11 Facilitating practices in Oligopolies (OCDE)**

#### **12.11.1 Nota de la autoridad danesa**

Página 27:

“Another example within the second category is a system of co-operation on exchange of information between supermarket chains and their suppliers on a category basis. The system is called Category Management and operates within the Danish market for fast moving consumer goods. A category constitutes for instance of dairy products within which a supermarket chain wishes to enter into a binding agreement with suppliers on development of sales in the supermarkets within the specific category. A supplier must then undertake the role of category captain that is to undertake the responsibility of running the development of sales in the supermarkets within the category and in that relation present plans for which products supermarkets should make their priorities, plans on space management, promotion etc. As part of the co-operation the supermarket chains have to supply the category captain with detailed information on supermarket sales, profits, quantity etc. as well as information on the competitors of the category captain. Category Management in Denmark may entail some extra risks of restricting competition on both the retail level as well as the supply level because the market is very concentrated. There are only three major retail chains and within a number of categories the market is dominated by one large supplier. Hence, Retailers as well as suppliers may get competition sensitive information about their competitors. This may unify their market behaviour at the retail level for instance if the retailers use the same category captain and imply foreclosure of competition to the category captain. The Danish Competition Authority was asked whether such a system of category management would pose a problem in relation to competition law if it was implemented in one of Denmark's larger supermarket chains with approximately 20 % share of the retail market. The Danish Competition Authority expressed serious concern that the system could restrict competition. However, investigations are still pending and the case is not definitively determined. Consequently, The Danish Competition Authority would like to know whether any other national competition authorities have dealt with similar cases and if so how the national authorities have handled the cases and what decisions they have reached in that relation.”

#### **12.11.2 Debate sobre la gestión por categorías**

Páginas 143-144:

“The Chair turned to the representative of Denmark. He explained that the Danish contribution discussed a type of facilitating practice which was not covered in any other contribution, namely the use of "category captains" in the retail sector.



The representative of Denmark explained that the question of category management had been raised in the retail food sector where retailers - mainly supermarket chains – appointed one of the main suppliers as category manager for each category of food products (tea, coffee, washing powder, etc.). The category manager would then have access to sales figures as well as information on the supermarket chain promotion plans. With this information and on the basis of his general industry knowledge, the category manager could suggest changes and recommendations to the stock arrangements and marketing plans in order to increase the category turnover. The recommendations may range from issues such as marketing approaches and space managements to recommendations on the pricing of the products in the category and listing or delisting specific products. After that the retailer must make final decisions on what products and which suppliers to choose for the category in question and also at what level to set the price. In the Danish Competition Authority's view, category management entailed both advantages and concerns. For example, the retailer will benefit from the supplier's detailed knowledge of the industry and experience from other retailers. On the other hand, concerns exist because the category manager gets prior and in some cases confidential information on competitive prices as well as on the supermarket chains marketing plans. The primary risk is that he may use this position to foreclose competing brands. In addition, the category manager will obtain a number of additional advantages through his increased market knowledge compared to his rivals. The representative of Denmark explained that these concerns had been identified, but there was uncertainty about how to assess this situation.

The Chair then opened the floor for comments from delegates to find out whether they had cases like the Danish one and whether they had reactions to the Danish presentation. The representative of the United States pointed out that the FTC held hearings in 2001-2002 which included the subject of category management. Extensive testimony was provided at the hearings regarding the potential pro competitive effects as well as the anticompetitive effects. The ultimate conclusion of the report, which was completed after the hearings, was that category management programmes hold the potential for a number of pro competitive benefits for manufacturers and retailers. But abuses can occur and one must be careful to make sure that they do not.

The representative of South Africa explained that South Africa was also investigating a category captaincy case. The case had come up in the cigarette market in which one firm was clearly dominant and paid for the privilege of being the category captain. In the cigarette market, where advertising was not permitted, points of sales arrangements were critical for selling cigarettes. It had been alleged that the practice of category captaincy was an instrument of abuse. The representative of South Africa was not sure about the outcome of the case, but it has become clear from this case that the practice of category captaincy and the practice of firms paying to be category captain was very widespread. Where markets were oligopolistic it seemed very difficult to believe that category captaincy was not a very effective instrument to facilitate collusion, largely because of the information exchanges that accompany the practice.

(...)

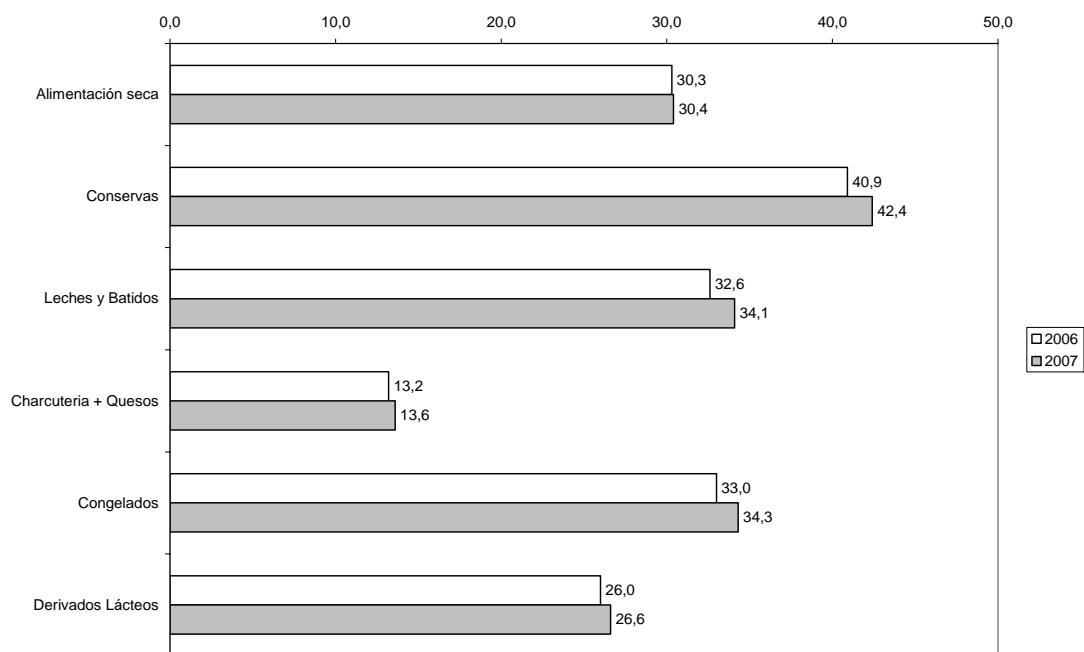
The representative of Norway followed up on the topic of category captaincy. Last year the competition authority had initiated a somewhat similar case against AC Nielsen and supermarket chains. It appeared that the supermarket chains through Nielsen exchanged historic price information. The competition authority reached an agreement with the



chains and AC Nielsen to modify their practices in order to make the information more aggregate and less recent.”

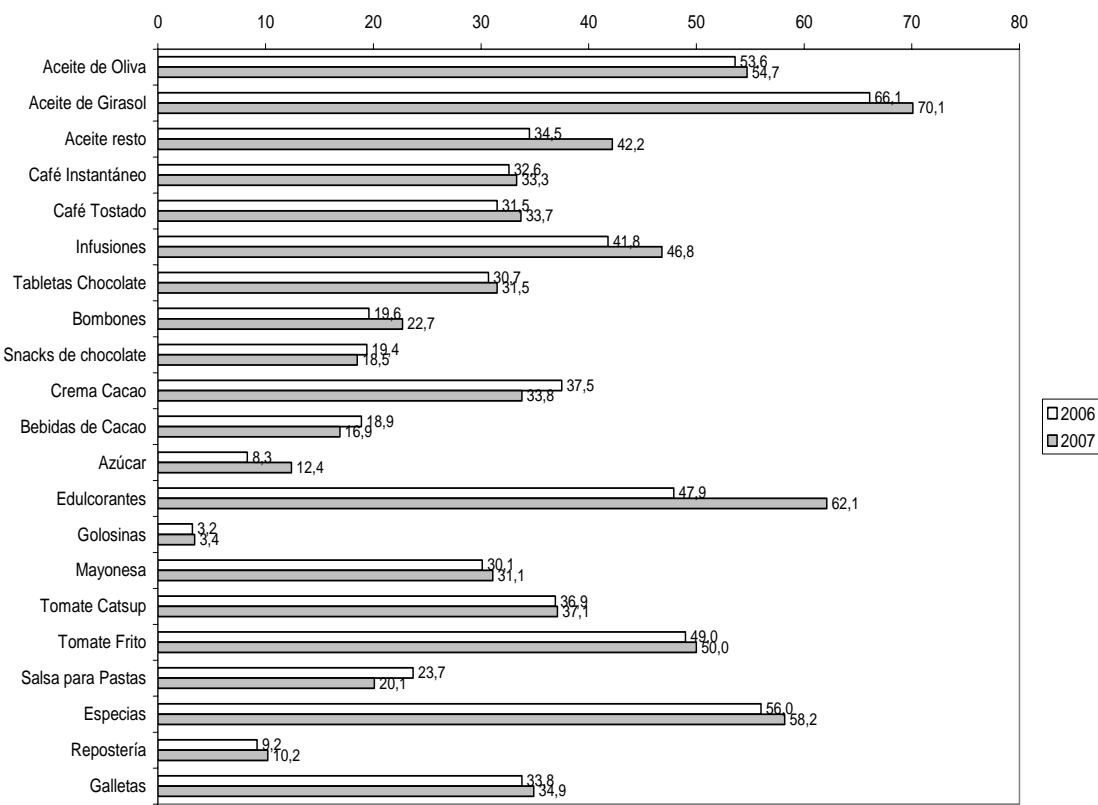
## 12.12 Cuota de mercado de las marcas de la distribución (Nielsen, 2008)

### Participación de las marcas de la distribución por secciones (% valor)





## Participación de las marcas de la distribución. Volumen. Sección Alimentación Seca (1)





LEHIAREN  
DEFENTSARAKO  
EUSKAL AUZITEGIA

TRIBUNAL VASCO  
DE DEFENSA  
DE LA COMPETENCIA



## 12.13 The Groceries (supply chain practices) Market Investigation Order 2009

COMPETITION  COMMISSION

### THE GROCERIES (SUPPLY CHAIN PRACTICES) MARKET INVESTIGATION ORDER 2009

#### Contents

	<i>Page</i>
PART 1 .....	3
Citation, commencement and interpretation .....	3
1. Citation and commencement.....	3
2. General interpretation, index of defined expressions etc .....	3
3. Powers of direction.....	4
PART 2 .....	5
Code of Practice .....	5
4. Designated Retailer.....	5
5. Duty to incorporate Code in Supply Agreements .....	5
6. Duty to provide information to Suppliers .....	5
PART 3 .....	6
Supply of information to the OFT .....	6
7. Supply of information to the OFT .....	6
PART 4 .....	6
Compliance obligations .....	6
8. Duty to train staff with respect to the Code .....	6
9. Duty to appoint in-house compliance officer and the role of the compliance officer	7
10. Compliance .....	7
PART 5 .....	8
Dispute Resolution .....	8
11. Duty to negotiate in good faith to resolve disputes.....	8
Schedule 1 .....	10
The Groceries Supply Code of Practice .....	10
Schedule 2 .....	16
Designated Retailers.....	16



## Background

On 9 May 2006, the Office of Fair Trading (OFT), in the exercise of its powers under section 131 of the Enterprise Act 2002 (the Act), referred to the Competition Commission (CC), for investigation and report, the supply of groceries by retailers in the United Kingdom.

On 30 April 2008 the CC published a report on the investigation and it contained the decision that there were adverse effects on competition.

On 26 February 2009 the CC gave notice of its intention to make this order in accordance with paragraph 2 of Schedule 10 to the Act as applied by section 165 of the Act.

The CC, in accordance with section 138 of the Act and in exercise of the powers conferred by sections 161 and 164 and Schedule 8, and for the purpose of remedying, mitigating or preventing the adverse effects on competition concerned and for the purpose of remedying, mitigating or preventing detrimental effects on customers so far as they have resulted from, or may be expected to result from, the adverse effects on competition, makes the following Order.



## PART 1

### Citation, commencement and interpretation

#### 1. Citation and commencement

- (1) This Order may be cited as 'The Groceries Market Investigation (Supply Chain Practices) Order 2009'.
- (2) The obligations in this Order will come into force on the [date six months from date on which Order is made].

#### 2. General interpretation, index of defined expressions etc

- (1) In this Order (including the Schedule):

**Act** means the Enterprise Act 2002;

**Buying Team** means those employees of a Retailer:

- (a) who are directly involved in buying Groceries for resale; and/or
- (b) whose role (excluding the role of the Code Compliance Officer) requires the interpretation and application of the provisions of the Code or this Order; and
- (c) who have immediate management responsibility for any of those employees described in (a) and (b) above;

**CC** means the Competition Commission;

**Code** means the Groceries Supply Code of Practice set out in Schedule 1;

**Code Compliance Officer** means the person appointed in accordance with Article 10(1) of this Order;

**De-list** means to cease to purchase Groceries for resale from a Supplier, or significantly to reduce the volume of purchases made from that Supplier. Whether a reduction in volumes purchased is 'significant' will be determined by reference to the amount of Groceries supplied by that Supplier to the Retailer, rather than the total volume of Groceries purchased by the Retailer from all of its Suppliers;

**Designated Retailer** means a retailer listed in Article 4(a) of this Order or who is designated as a Designated Retailer in accordance with Article 4(b) of this Order;

**Dispute** means a dispute arising under Articles 11(2) or 11(3) of this Order;

**Groceries** means food (other than that sold for consumption in the store), pet food, drinks (alcoholic and non-alcoholic, other than that sold for consumption in the store), cleaning products, toiletries and household goods, but excludes petrol, clothing, DIY products, financial services, pharmaceuticals, newspapers, magazines, greetings cards, CDs, DVDs, videos and audio tapes, toys, plants, flowers, perfumes, cosmetics, electrical appliances, kitchen hardware, gardening equipment, books, tobacco and tobacco products;

**OFT** means the Office of Fair Trading;



**Ombudsman** means a person appointed as the Grocery Supply Code of Practice Ombudsman, at any time when such office is in existence;

**Primary Buyer** means, in relation to any individual Supplier, the employee or employees of a Retailer who are responsible for the day-to-day buying functions of the Retailer in respect of that individual Supplier;

**Retailer** means any person carrying on a business in the United Kingdom for the retail supply of Groceries;

**Senior Buyer** means, in relation to any individual Supplier, an employee or employees within a Retailer's Buying Team who manage that Supplier's Primary Buyer or Primary Buyers (or is otherwise at a higher level than the Primary Buyer(s) within the management structure of the Retailer);

**Supplier** means any person carrying on (or actively seeking to carry on) a business in the direct supply to any Retailer of Groceries for resale in the UK, and includes any such person established anywhere in the world, but excludes any person who is part of the same group of interconnected bodies corporate (as defined in section 129(2) of the Act);

as the Retailer to which it supplies; and

**Supply Agreement** means any agreement which must be recorded in writing pursuant to Article 6(1) of this Order.

- (2) Compliance with the Code and this Order should not be interpreted so as to exclude any person from, or restrict the application of, the Competition Act 1998.

### 3. Powers of direction

- (1) The CC may give directions falling within Article 3(2) to:

- (a) a person specified in the directions; or
- (b) a holder for the time being of an office so specified in any body of persons corporate or unincorporate.

- (2) Directions fall within this Article 3(2) if they are directions:

- (a) to take such actions as may be specified or described in the directions for the purpose of carrying out, or ensuring compliance with, this Order; or
- (b) to do, or refrain from doing, anything so specified or described which the person might be required by this Order to do or refrain from doing.

- (3) In Article 3(2) above 'actions' includes steps to introduce and maintain arrangements to ensure any director, employee or agent of a Designated Retailer carries out, or secures compliance with, this Order.

- (4) The CC may vary or revoke any directions so given.



## PART 2

### Code of Practice

#### 4. Designated Retailer

- (1) The following will be Designated Retailers for the purposes of this Order:
  - (a) any of those persons specified in Schedule 2.
  - (b) any Retailer with a turnover exceeding £1 billion with respect to the retail supply of Groceries in the United Kingdom, and which is designated in writing as a Designated Retailer by the OFT.
  - (c) any person who carries on the whole, or a substantial part, of the business of any of the persons specified in Articles 4(1)(a) or 4(1)(b) above.

#### 5. Duty to incorporate Code in Supply Agreements

- (1) A Designated Retailer must not enter into or perform any Supply Agreement unless that Supply Agreement incorporates the Code and does not contain any provisions that are inconsistent with the Code.
- (2) The prohibition in Article 5(1) above will not apply to any obligation of the Designated Retailer to accept and pay for goods ordered prior to the [date on which the Order comes into force] or to the rights of the Designated Retailer to make any claim in respect of such goods.

#### 6. Duty to provide information to Suppliers

- (1) A Designated Retailer must record in writing all terms of any agreement with a Supplier for the supply of Groceries for the purpose of resale in the United Kingdom, as well as any subsequent contractual agreements or contractual arrangements made under or pursuant to that agreement.
- (2) A Designated Retailer must not enter into a Supply Agreement with a Supplier unless the Supplier has a written copy of the Supply Agreement, including any proposed terms and conditions which are intended to form part of, but are not fully documented in, the Supply Agreement.
- (3) Written terms of a Supply Agreement must be held by the Designated Retailer for a period of 12 months after the relevant Supply Agreement has expired or otherwise concluded.
- (4) Written terms of any agreements or arrangements made under or pursuant to a Supply Agreement must be held by the Designated Retailer for a period of 12 months after the relevant contractual agreement or arrangement is made.
- (5) All such records held by the Designated Retailer in accordance with Articles 6(3) and 6(4) must be made available on request to the Supplier to which they relate.
- (6) A Designated Retailer must not enter into a Supply Agreement with a Supplier unless it has first provided the Supplier with a letter which sets out:
  - (a) the obligation on the Designated Retailer not directly or indirectly to require



actions by the Supplier in relation to marketing costs, wastage, payments, promotions, changes to supply chain procedures, and tying, as more specifically set out in the Code;

- (b) the identity and contact details of the Senior Buyer for that Supplier;
  - (c) the Designated Retailer's obligation under the Code to allow a Supplier to escalate a decision of a Primary Buyer (including a decision to De-list) to the Senior Buyer for review;
  - (d) the identity and contact details of the Designated Retailer's Code Compliance Officer;
  - (e) the feedback procedure established by the Code Compliance Officer in accordance with Article 9(2)(d) of this Order;
  - (f) the procedures relating to De-listing, as set out in paragraph 16 of the Code; and
  - (g) the dispute resolution procedure set out in Article 11 of this Order.
- (7) Where any subsequent agreements or arrangements made under or pursuant to a Supply Agreement are agreed orally between the Supplier and a Designated Retailer, the Designated Retailer must confirm the terms of such arrangements in writing with the relevant Supplier within three working days of such arrangements being agreed.

### PART 3

#### Supply of information to the OFT

##### 7. Supply of information to the OFT

- (1) A Designated Retailer must provide to the OFT any information and documents reasonably required for the purposes of enabling the OFT to monitor and review the operation of this Order or any provisions of this Order.
- (2) A Designated Retailer must keep, maintain and produce those records specified in writing by the OFT that relate to the operation of any provisions of this Order.
- (3) Any Designated Retailer whom the OFT reasonably believes to have information which may be relevant to the monitoring or review of the operation of any provisions of this Order may be required by the OFT to attend and provide such information in person.

### PART 4

#### Compliance obligations

##### 8. Duty to train staff with respect to the Code

- (1) Prior to the [date on which the Order comes into force] a Designated Retailer must provide to its Buying Team:



actions by the Supplier in relation to marketing costs, wastage, payments, promotions, changes to supply chain procedures, and tying, as more specifically set out in the Code;

- (b) the identity and contact details of the Senior Buyer for that Supplier;
  - (c) the Designated Retailer's obligation under the Code to allow a Supplier to escalate a decision of a Primary Buyer (including a decision to De-list) to the Senior Buyer for review;
  - (d) the identity and contact details of the Designated Retailer's Code Compliance Officer;
  - (e) the feedback procedure established by the Code Compliance Officer in accordance with Article 9(2)(d) of this Order;
  - (f) the procedures relating to De-listing, as set out in paragraph 16 of the Code; and
  - (g) the dispute resolution procedure set out in Article 11 of this Order.
- (7) Where any subsequent agreements or arrangements made under or pursuant to a Supply Agreement are agreed orally between the Supplier and a Designated Retailer, the Designated Retailer must confirm the terms of such arrangements in writing with the relevant Supplier within three working days of such arrangements being agreed.

### PART 3

#### Supply of information to the OFT

##### 7. Supply of information to the OFT

- (1) A Designated Retailer must provide to the OFT any information and documents reasonably required for the purposes of enabling the OFT to monitor and review the operation of this Order or any provisions of this Order.
- (2) A Designated Retailer must keep, maintain and produce those records specified in writing by the OFT that relate to the operation of any provisions of this Order.
- (3) Any Designated Retailer whom the OFT reasonably believes to have information which may be relevant to the monitoring or review of the operation of any provisions of this Order may be required by the OFT to attend and provide such information in person.

### PART 4

#### Compliance obligations

##### 8. Duty to train staff with respect to the Code

- (1) Prior to the [date on which the Order comes into force] a Designated Retailer must provide to its Buying Team:



- (a) a copy of the Code; and
  - (b) training on the requirements of this Order and the Code.
- (2) Any person who becomes part of a Designated Retailer's Buying Team after [date on which the Order comes into force] must be provided with:
- (a) a copy of the Code within one week of becoming part of the Designated Retailer's Buying Team; and
  - (b) training on the requirements of this Order and the Code within one calendar month of becoming part of the Designated Retailer's Buying Team,
- (3) With the exception of the year in which this Order commences, a Designated Retailer must provide retraining on the requirements of this Order and the Code to all staff in its Buying Team at least once each calendar year.

#### **9. Duty to appoint in-house compliance officer and the role of the compliance officer**

- (1) A Designated Retailer must appoint a suitably qualified employee as the Code Compliance Officer.
- (2) A Designated Retailer must ensure that the Code Compliance Officer:
  - (a) will be provided with all resources necessary for the fulfilment of its role, including access to all documentation relating to, and availability of the Designated Retailer's Buying Team to discuss issues with, the Designated Retailer's obligations under the Code and/or this Order;
  - (b) will be available as a point of contact for Suppliers and any authority or other body making enquiries in relation to the Code or this Order;
  - (c) will be independent of, and must not be managed by, any member of the Buying Team of the Designated Retailer;
  - (d) will develop a procedure by which the Designated Retailer's Suppliers can provide anonymous feedback to the Code Compliance Officer on, amongst other things, the Supplier's relationship with the Designated Retailer's Buying Team and the Designated Retailer's compliance with the Code and this Order; and
  - (e) will be available to discuss with the Supplier the reason for any decisions made by the Designated Retailer in relation to the Code or this Order.

#### **10. Compliance**

- (1) A Designated Retailer must ensure that, for each financial year, the Code Compliance Officer delivers an annual compliance report to the OFT, copied to the Ombudsman if there is an Ombudsman established at the relevant date, within four months of the financial year to which the annual compliance report relates. The annual compliance report must have been submitted to, and approved by, the chair of the Designated Retailer's audit committee and must include a detailed and accurate account, for the financial year to which the annual compliance report relates, of:



- (a) the Designated Retailer's compliance with the Code and this Order in the preceding year, including instances where a breach or potential breach of the Code or this Order has been identified, and the steps taken to rectify it;
- (b) steps taken during the preceding year to ensure compliance with the Code and this Order, including details of staff training undertaken and guidance issued in relation to the Code;
- (c) Disputes between the Designated Retailer and its Suppliers regarding the terms of any Supply Agreement, or the application of the Code, and the outcome of any such Dispute; and
- (d) any feedback provided to the Code Compliance Officer by Suppliers on the commercial terms of Suppliers' Supply Agreements or any other aspect of the Designated Retailer's relationship with its Suppliers.

(2) A Designated Retailer must ensure that:

- (a) the Code Compliance Officer provides such other reports as are necessary to ensure that the Designated Retailer's audit committee retains effective oversight over the Designated Retailer's compliance with the Code and this Order.
  - (b) if the Designated Retailer does not have an audit committee, the Code Compliance Officer reports directly to the non-executive director of the Designated Retailer who carries out the functions typically associated with an audit committee, or in the absence of such non-executive director, to the Designated Retailer's CEO or Managing Director.
- (3) A summary of the annual compliance report described in Article 10(1) must be included in the Designated Retailer's annual company report, and will contain an overview of each of the matters set out in Article 10(1) above. If the Designated Retailer does not produce an annual company report, the summary of the annual compliance report will be published clearly and prominently on the Designated Retailer's website.

## PART 5

### Dispute Resolution

#### 11. Duty to negotiate in good faith to resolve disputes

- (1) A Designated Retailer must negotiate in good faith with a Supplier to resolve any dispute arising under the Code.
- (2) A Dispute will arise under the Code when a Supplier informs the Code Compliance Officer that it believes that the Designated Retailer has not fulfilled its obligations under the Code, and that the Supplier wishes to initiate the dispute resolution procedure set out in this Article.
- (3) Whenever a Supplier contacts the Code Compliance Officer regarding a potential breach of the Code by the Designated Retailer, the Code Compliance Officer will inform the Supplier of its right to initiate a Dispute under Article 11(2) above, and confirm whether the Supplier wishes to initiate a Dispute. In the absence of the



Code Compliance Officer requesting confirmation, a Dispute will be deemed to arise.

- (4) If any Dispute is not resolved to the satisfaction of the Supplier within 21 days from the date the Dispute arises, then at any time during a period expiring four calendar months after the Dispute arises the Designated Retailer will submit to an arbitration request by the Supplier in accordance with Articles 11(5) to 11(8).
- (5) The arbitration will be administered by a dispute resolution body approved and designated by the OFT and nominated by the Supplier in the event that more than one such body is designated by the OFT.
- (6) To the extent that they do not conflict with the this Article 11, the arbitration will be conducted in accordance with the Rules of the Chartered Institute of Arbitrators in force for the time being, or such other dispute resolution body as is nominated by the arbitrator. In any arbitration commenced pursuant to this Order, the number of arbitrators will be one and the seat or legal place of arbitration will be London, England or such other city within the United Kingdom as the Supplier nominates.
- (7) All costs of the arbitration, including the fees and expenses of the arbitrator, will be borne by the Designated Retailer, unless the arbitrator decides that the Supplier's claim was vexatious or wholly without merit, in which case costs will be assigned at the arbitration's discretion.
- (8) The decision of the arbitrator will be binding and final on both the Designated Retailer and the Supplier, with the exception that either party may appeal on the grounds set out in sections 67 to 69 inclusive of the Arbitration Act 1996.
- (9) Nothing in this Article will prevent a Designated Retailer including in a Supply Agreement a right for the Designated Retailer also to refer a Dispute to arbitration if the Dispute is not resolved to the satisfaction of the Retailer within 21 days from the date the Dispute arises, provided that such arbitration is on the same terms as that set out in this Article.

Signed by authority of the CC

.....  
Peter Freeman  
*Chairman*  
Competition Commission  
[ ] 2009



## Schedule 1

### The Groceries Supply Code of Practice

#### PART 1—INTERPRETATION

##### 1. Interpretation

(1) In this Code:

**Code Compliance Officer** means the person appointed in accordance with Article 10(1) of the Order;

**Groceries** means food (other than that sold for consumption in the store), pet food, drinks (alcoholic and non-alcoholic, other than that sold for consumption in the store), cleaning products, toiletries and household goods, but excludes petrol, clothing, DIY products, financial services, pharmaceuticals, newspapers, magazines, greetings cards, CDs, DVDs, videos and audio tapes, toys, plants, flowers, perfumes, cosmetics, electrical appliances, kitchen hardware, gardening equipment, books, tobacco and tobacco products;

**Order** means The Groceries (Supply Chain Practices) Market Investigation Order 2009;

**Payment or Payments** means any compensation or inducement in any form (monetary or otherwise) and includes more favourable contractual terms;

**Promotion** means any offer for sale at an introductory or a reduced retail price, or with some other benefit to consumers that is intended to subsist only for a specified period;

**Reasonable Notice** means a period of notice, the reasonableness of which will depend on the circumstances of the individual case, including:

- (a) the duration of the Supply Agreement to which the notice relates, or the frequency with which orders are placed by the Retailer for relevant Groceries;
- (b) the characteristics of the relevant Groceries including durability and external factors affecting their production;
- (c) the value of any relevant order relative to the turnover of the Supplier in question; and
- (d) the overall impact of the information given in the notice on the business of the Supplier;

**Retailer** means any person carrying on a business in the United Kingdom for the retail supply of Groceries;

a Retailer will '**Require**' particular actions on the part of a Supplier if the relevant Supplier does not genuinely volunteer, whether or not in response to a suggestion from the Retailer, to undertake an action in response to ordinary commercial pressures. Where those ordinary commercial pressures are partly or wholly attributable to the Retailer, they will only be deemed to be ordinary commercial pressures where they are objectively justifiable, transparent and



result in similar cases being treated alike. The burden of proof will fall on the Retailer to demonstrate that, on the balance of probabilities, an action was not Required by the Retailer;

**Senior Buyer** means, in relation to any individual Supplier, an employee (or employees) within a Retailer's Buying Team, who manages that Supplier's Primary Buyer (or Primary Buyers) (or is otherwise at a higher level than the Primary Buyer within the management structure of the Retailer);

**Shrinkage** means losses that occur after goods are delivered to a Retailer's premises and arise where due to theft, the goods being lost or accounting error;

**Supplier** means any person carrying on (or actively seeking to carry on) a business in the direct supply to any Retailer of Groceries for resale in the UK, and includes any such person established anywhere in the world, but excludes any person who is part of the same group of interconnected bodies corporate (as defined in section 129(2) of the Act) as the Retailer to which it supplies; and

**Supply Agreement** means any agreement which must be recorded in writing pursuant to Article 6(1) of this Order.

**Wastage** means Groceries which become unfit for sale subsequent to them being delivered to Retailers.

(2) Compliance with the Code does not exclude any person from, or restrict the application of, the Competition Act 1998.

(3) The Interpretation Act 1978 applies to this Order as it does to Acts of Parliament.

## PART 2—FAIR DEALING

### 2. Principle of fair dealing

A Retailer must at all times deal with its Suppliers fairly and lawfully. Fair and lawful dealing will be understood as requiring the Retailer to conduct its trading relationships with Suppliers in good faith, without distinction between formal or informal arrangements, without duress and in recognition of the Suppliers' need for certainty as regards the risks and costs of trading, particularly in relation to production, delivery and payment issues.

## PART 3—VARIATION

### 3. Variation of Supply Agreements and terms of supply

- (1) Subject to paragraph 3(2), a Retailer must not vary any Supply Agreement retrospectively, and must not request or require that a Supplier consent to retrospective variations of any Supply Agreement.
- (2) A Retailer may make an adjustment to terms of supply which has retroactive effect where the relevant Supply Agreement sets out clearly and unambiguously:
  - (a) any specific change of circumstances (such circumstances being outside the Retailer's control) that will allow for such adjustments to be made; and



- (b) detailed rules that will be used as the basis for calculating the adjustment to the terms of supply.
- (3) If a Retailer has the right to vary a Supply Agreement unilaterally, it must give Reasonable Notice of any such variation to the Supplier.

#### **4. Changes to supply chain procedures**

A Retailer must not directly or indirectly Require a Supplier to change significantly any aspect of its supply chain procedures during the period of a Supply Agreement unless that Retailer either:

- (a) gives Reasonable Notice of such change to that Supplier in writing; or
- (b) fully compensates that Supplier for any net resulting costs incurred as a direct result of the failure to give Reasonable Notice.

### **PART 4—PRICES AND PAYMENTS**

#### **5. No delay in Payments**

A Retailer must pay a Supplier for products delivered to that Retailer's specification in accordance with the relevant Supply Agreement, and, in any case, within a reasonable time after the date of the Supplier's invoice.

#### **6. No obligation to contribute to marketing costs**

Unless provided for in the relevant Supply Agreement between the Retailer and the Supplier, a Retailer must not, directly or indirectly, Require a Supplier to make any Payment towards that Retailer's costs of:

- (a) buyer visits to new or prospective Suppliers;
- (b) artwork or packaging design;
- (c) consumer or market research;
- (d) the opening or refurbishing of a store; or
- (e) hospitality for that Retailer's staff.

#### **7. No Payments for shrinkage**

A Supply Agreement must not include provisions under which a Supplier makes Payments to a Retailer as compensation for shrinkage.

#### **8. Payments for wastage**

A Retailer must not directly or indirectly Require a Supplier to make any Payment to cover any wastage of that Supplier's products incurred at that Retailer's stores unless:



- (a) such wastage is due to the negligence or default of that Supplier, and the relevant Supply Agreement sets out expressly and unambiguously what will constitute negligence or default on the part of the Supplier; or
- (b) the basis of such Payment is set out in the Supply Agreement.

#### **9. Limited circumstances for Payments as a condition of being a Supplier**

A Retailer must not directly or indirectly Require a Supplier to make any Payment as a condition of stocking or listing that Supplier's products unless either:

- (a) such Payment is made in relation to a Promotion; or
- (b) such Payment:
  - (i) is made in respect of products which have not been stocked, displayed or listed by that Retailer during the preceding 365 days in 25 per cent or more of its stores; and
  - (ii) reflects a reasonable estimate by that Retailer of the risk run by that Retailer in stocking, displaying or listing such new products.

#### **10. Compensation for forecasting errors**

- (1) A Retailer must fully compensate a Supplier for any cost incurred by that Supplier as a result of any forecasting error attributable to that Retailer unless:
  - (a) that Retailer has prepared those forecasts in good faith and with due care, and following consultation with the Supplier; and
  - (b) the Supply Agreement includes an express and unambiguous provision that full compensation is not appropriate.
- (2) A Retailer must ensure that the basis on which it prepares any forecast has been communicated to the Supplier.

#### **11. No tying of third party goods and services for Payment**

- (1) A Retailer must not directly or indirectly Require a Supplier to obtain any goods, services or property from any third party where that Retailer obtains any Payment for this arrangement from any third party, unless the Supplier's alternative source for those goods, services or property:
  - (a) fails to meet the objective quality standards laid down for that Supplier by that Retailer for the supply of such goods, services or property; or
  - (b) charges more than any other third party recommended by that Retailer for the supply of such goods, services or property.



## PART 5—PROMOTIONS

### 12. No Payments for better positioning of goods unless in relation to Promotions

A Retailer must not directly or indirectly Require a Supplier to make any Payment in order to secure better positioning or an increase in the allocation of shelf space for any products of that Supplier within a store unless such Payment is made in relation to a Promotion.

### 13. Promotions

- (1) A Retailer must not, directly or indirectly, Require a Supplier predominantly to fund the costs of a Promotion.
- (2) Where a Retailer directly or indirectly Requires any Payment from a Supplier in support of a Promotion of one of that Supplier's products, a Retailer must only hold that Promotion after Reasonable Notice has been given to that Supplier in writing. For the avoidance of doubt, a Retailer must not require or request a Supplier to participate in a Promotion where this would entail a retrospective variation to the Supply Agreement.

### 14. Due care to be taken when ordering for Promotions

- (1) A Retailer must take all reasonable steps to ensure that when ordering products from a Supplier at a promotional wholesale price, not to over-order, and if that Retailer fails to take such steps it must compensate that Supplier for any product over-ordered and which it subsequently sells at a higher non-promotional retail price.
- (2) A Retailer must ensure that the basis on which the quantity of any order for a Promotion is calculated is transparent.

## PART 6—OTHER DUTIES

### 15. No unjustified payment for consumer complaints

- (1) Subject to paragraph 15(3) below, where any consumer complaint can be resolved in store by a Retailer refunding the retail price or replacing the relevant product, that Retailer must not directly or indirectly Require a Supplier to make any Payment for resolving such a complaint unless:
  - (a) the Payment does not exceed the retail price of the product charged by that Retailer; and
  - (b) that Retailer is satisfied on reasonable grounds that the consumer complaint is justifiable and attributable to a failing on the part of that Supplier.
- (2) Subject to paragraph 15(3) below, where any consumer complaint cannot be resolved in store by a Retailer refunding the retail price or replacing the relevant product, that Retailer must not directly or indirectly Require a Supplier to make any Payment for resolving such a complaint unless:



- (a) the Payment is reasonably related to that Retailer's costs arising from that complaint;
  - (b) that Retailer has verified that the consumer complaint is justifiable and attributable to a negligence or default on the part of that Supplier;
  - (c) a full report about the complaint (including the basis of the attribution) has been made by that Retailer to that Supplier; and
  - (d) the Retailer has provided the Supplier with adequate evidence of the fact that the consumer complaint is justifiable and attributable to negligence or default on the part of the Supplier.
- (3) A Retailer may agree with a Supplier an average figure for Payments for resolving customer complaints as an alternative to accounting for complaints in accordance with paragraphs 15(1) and 15(2) above. This average figure must not exceed the expected costs to the retailer of resolving such complaints.

## **16. Duties in relation to De-listing**

- (1) A Retailer may only De-list a Supplier for genuine commercial reasons. For the avoidance of doubt, the exercise by the Supplier of its rights under any Supply Agreement or the failure by a Retailer to fulfil its obligations under the Code or this Order will not be a genuine commercial reason to De-list a Supplier.
- (2) Prior to De-listing a Supplier, a Retailer must:
  - (a) provide Reasonable Notice to the Supplier of the Retailer's decision to De-list, including written reasons for the Retailer's decision. In addition to the elements identified in paragraph 1(1) of this Code, for the purposes of this paragraph 'Reasonable Notice' will include providing the Supplier with sufficient time to have the decision to De-list reviewed using the measures set out in paragraphs 16(2)(b) and 16(2)(c) below;
  - (b) inform the Supplier of its right to have the decision reviewed by a Senior Buyer, as described in paragraph 17 of this Code; and
  - (c) allow the Supplier to attend an interview with the Retailer's Code Compliance Officer to discuss the decision to De-list the Supplier.

## **17. Senior Buyer**

- (1) A Retailer's Senior Buyer will, on receipt of a request from a Supplier, review any decisions made by the Retailer in relation to the Code or this Order.
- (2) A Retailer must ensure that a Supplier is given Reasonable Notice of any change to the identity and/or contact details of the Senior Buyer for that Supplier.



## Schedule 2

### Designated Retailers

Asda Stores Limited, a subsidiary of Wal-Mart Stores Inc

Co-operative Group (CWS) Limited

Marks & Spencer plc

Wm Morrison Supermarkets plc

J Sainsbury plc

Somerfield plc

Tesco plc

Waitrose Limited, a subsidiary of John Lewis plc

[Aldi Stores Limited]

Iceland Foods Limited, a subsidiary of the Big Food Group

Lidl UK GmbH