



RESOLUCION (Expte. 13/2009, PRECIOS PRODUCTOS BASICOS)

Pleno

D. Joseba Andoni Bikandi Arana, Presidente

D. Juan Luis Crucelegui Gárate, Vicepresidente

Dña. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario: José Antonio Sangroniz

En Vitoria-Gasteiz, a 5 de octubre de 2011

El Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (TVDC), con la composición ya expresada y siendo Ponente D. Joseba Andoni Bikandi Arana, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente 05/2009, PRECIOS PRODUCTOS BASICOS, iniciado por el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia (SVDC) como consecuencia de denuncia interpuesta contra Eroski Sociedad Cooperativa por D. Aitor Beldarrain Begoña, en nombre y representación de la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios- Ausbanc Consumo (AUSBANC), por unas supuestas conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En fecha 21 de abril de 2009 tuvo entrada en el registro del extinto Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno Vasco escrito firmado por D. Aitor Beldarrain Begoña, en nombre y representación de la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios-Ausbanc Consumo (AUSBANC). A través de dicho escrito *AUSBANC* formulaba denuncia contra Eroski Sociedad Cooperativa por la comisión de supuestas conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

En los hechos denunciados *AUSBANC* estima que se da un aumento injustificado de precios de productos básicos derivados de la posición de dominio que detenta el Grupo Eroski en la margen derecha del Nervión (Gorliz, Berango, Sopelana, Leioa y próximamente Plencia).

2. El SVDC requirió a *AUSBANC* la subsanación de ciertas deficiencias observadas en el escrito de denuncia, que fueron subsanadas a través de escrito que tuvo entrada en el registro del extinto Departamento de Hacienda y Administración Pública en fecha 13 de mayo de 2009.



3. En fecha 1 de junio de 2009 el SVDC remitió a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) una nota sucinta e información relativa a la conducta denunciada de acuerdo con lo establecido en los artículos 2 y 5 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia. A través de dicha Nota sucinta el SVDC comunicó a la CNC que, en la información obrante en el expediente, no se apreciaba que la conducta afectase a un ámbito superior a la Comunidad Autónoma de Euskadi por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 1/2002, se consideraba que la competencia para conocer sobre este caso correspondería al SVDC.

La CNC a través de Nota Interna de fecha 17 de junio de 2009, consideró que los órganos competentes para conocer el supuesto planteado son los correspondientes a la Comunidad Autónoma del País Vasco.

4. En fecha 12 de noviembre de 2009 el Director de Economía y Planificación remitió a este Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia Propuesta de Resolución elaborada por el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia. A través de la misma el SVDC propone a este TVDC el archivo de la denuncia y la no incoación de expediente sancionador con relación a la conducta denunciada.
5. El Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia ha deliberado y fallado sobre el asunto en su reunión de 5 de octubre de 2011, siendo ponente D. Joseba Andoni Bikandi Arana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

6. La Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, prescribe en su artículo 49.3 que la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de la meritada Ley de Defensa de la Competencia y el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la misma.
7. De acuerdo con la disposición adicional octava de la Ley de Defensa de la Competencia las referencias contenidas en la misma a la Comisión Nacional de la Competencia y a sus órganos de dirección relativas a funciones, potestades administrativas y procedimientos se entenderán también realizadas a los órganos de instrucción y resolución correspondientes de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia cuando las mismas se refieran a las competencias correspondientes al artículo 13 de de la referida Ley de Defensa de la Competencia.



8. En lo que se refiere a esta Comunidad Autónoma de Euskadi, el Decreto 81/2005, de 12 de abril, modificado 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, distingue, por una parte, el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, y, por otra, el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia, los cuales deberán ajustarse en lo que respecta a sus funciones a lo establecido por la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. En este sentido, compete al Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia dictar la resolución con relación al archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la misma, y ello de acuerdo con el artículo 44 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.
 9. La propuesta de resolución establece que, a la vista de los hechos objeto de denuncia, el SVDC no observa en los mismos indicios de infracción a los preceptos de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, motivo por el cual propone a este TVDC la no incoación de procedimiento sancionador.
 10. La constatación de la comisión de la infracción de la prohibición de abuso de posición dominante requiere la delimitación del mercado o mercados relevantes (Sentencia TJCE de 14 de febrero de 1978, United Brands Continental/Comisión, 27/76) como paso previo y necesario para establecer si la empresa imputada es efectivamente dominante y, en su caso, analizar posteriormente si ha abusado de esa situación de poder de mercado. En efecto, tal y como señala el SVDC en su propuesta de resolución, la aplicación del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia exige, en primer lugar, la evidencia de que el operador implicado en la conducta denunciada, en este caso, Eroski S.Coop., ostente una posición de dominio en el mercado relevante en cuestión. Y, en segundo lugar, se requiere que se haya dado una explotación abusiva de esa posición de dominio, que en la denuncia que nos ocupa consistiría en la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos¹.
- Por ello, a efectos de analizar los hechos denunciados procede determinar previamente el mercado relevante en el que se ha podido producir el abuso de posición dominante.
11. El mercado relevante, desde el punto de vista del producto, es el mercado de la distribución minorista de productos de consumo diario en formato libre servicio en el que se incluyen las diversas formas de venta minorista sin asistencia personalizada. En concreto, conforman el mercado de referencia los servicios de proximidad (autoservicios), medianas superficies (supermercados), grandes superficies (hipermercados) y tiendas de

¹ Artículo 2 a) de la Ley de Defensa de la Competencia.



descuento. Este mercado, en todo caso, constituye un mercado de producto distinto del de la venta de 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 ellos².

12. En cuanto al ámbito geográfico del mercado de la distribución minorista de bienes básicos, la competencia se ejerce principalmente en un mercado local, constituido por la zona o las zonas de influencia o atracción³ de los distintos establecimientos considerados. Este mercado local, en función del formato comercial, puede alcanzar, si atendemos a isocronas, en torno a los 15 minutos⁴.
13. Partiendo de los hechos denunciados y atendiendo a la determinación geográfica la zona objeto de estudio sería la que comprende los municipios de la Margen Derecha del Nervión-Ibaizabal: Erandio, Leioa, Getxo y Berango.

Queda excluido, dado que por sí mismo constituye zona de atracción, Bilbao.

En este mercado, el consumidor puede optar por enseñas pertenecientes a grandes empresas comerciales que, a su vez, ofertan sus productos a través de distintos formatos comerciales. En el caso que nos ocupa hay 6 enseñas presentes (CARREFOUR/DIA, EROSKI, SABECO, LIDL, UVESCO/GELSA, ERCORECA/CEAL) y de éstas la enseña EROSKI ostentaría entre el 45% y el 50% de la superficie de venta⁵ y un tercio de los establecimientos. Eroski S.Coop., enseña líder en la CAE, está presente a través de la explotación de grandes y medianas superficies comerciales

² Informe n-07023 EROSKI/CAPRABO (Activos) del Servicio de Defensa de la Competencia del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, TDC, actual Comisión nacional de la Competencia, CNC.

³ Conjunto de ubicaciones geográficas desde las que la clientela estaría dispuesta a desplazarse al establecimiento. La zona de influencia es variable en función del tamaño del establecimiento, de su localización y de los hábitos de consumo de la zona correspondiente.

⁴ Líneas isocronas: Líneas que unen todos aquellos puntos en los que el tiempo de desplazamiento al establecimiento comercial es igual.

En concreto, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, actual Comisión Nacional de la Competencia, en su análisis de los informes de Grandes Superficies (GS) considera que la isócrona será de 15 minutos, si se encuentra en núcleo urbano o de 30 minutos si se sitúa en núcleos rurales o no hay otras GS. El Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia considera que la isócrona se situaría en torno a los 15 minutos. Fuente: *La distribución de bienes de consumo diario: competencia, oligopolio y colusión tácita*. http://www.ogasun.ejgv.euskadi.net/r51-14000/es/contenidos/informacion/imformes_mercados/es_infomerc/informes_mercados.html. Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia.

⁵ 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, como es este caso, es más difícil de cuantificar y por ello se ha recurrido a la superficie de venta.



bajo las denominaciones comerciales de Hipermercados EROSK¹⁶, EROSKI/center⁷ y EROSKI/city⁸.

CUOTA DE MERCADO/ ENSEÑA ATENDIENDO A LA SUPERFICIE DE VENTA

	CARREFOUR	EROSKI	SABECO	UVESCO	LIDL	ERCORECA
MARGEN DERECHA	[15%-20%]	[45%-50%]	[0%-5%]	[15%-20%]	[0%-5%]	[10%-15%]

Fuente: Elaboración propia en base a datos obtenidos de la Comisión de Grandes Establecimientos Comerciales. Año 2008.

Nota: Siguiendo los parámetros utilizados por ALIMARKET y la Dirección de Comercio del Gobierno Vasco, para calcular la superficie comercial que las grandes superficies dedican a la venta de productos de gran consumo se han corregido las superficies de venta. Se han utilizado los siguientes parámetros para imputar la venta de productos de consumo cotidiano:

- superficie de venta total superior a los 5.000 m²: 50% (Alimarket 2008)
- superficie de venta entre 2.500 y 5.000 m² : 60% (Alimarket 2008)
- superficie de venta entre 2.000 y 2.500 m²: 80% (Alimarket 2008)
- superficie de venta entre 400 y 2.000 m²: 85% (Dirección de Comercio del Gobierno Vasco)

DISTRIBUCIÓN DE ESTABLECIMIENTOS

	CARREFOUR		EROSKI			SABECO	UVESCO	LIDL	ERCORECA	TOTAL EST.	
	> 5000	<400	>5000	5000-2500	400-2000	400-2000	400-2000	<400	400-2000	400-2000	<400
BERANGO				1							1
ERANDIO	1	1			1	1	1	1	1		7
GETXO					5	1	7	1		2	2
LEIOA			2							1	3
MARGEN DERECHA	1	1	2	1	6	2	8	2	1	3	2
MARGEN. DERECHA/ ENSEÑA	2		9			2	10	1	5		

⁶ 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. Fuente: www.eroski.es.

⁷ 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. Fuente: www.eroski.es.

⁸ 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. Fuente: www.eroski.es.



Fuente: Elaboración propia en base a datos obtenidos de la Comisión de Grandes Establecimientos Comerciales. Año 2008.

14. La posición de dominio se define como aquella que permite al que la ostenta a comportarse en un mercado concreto con relativa independencia respecto de sus competidores y clientes-consumidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto (Resolución extinto TDC de 27 de julio de 2000, Propiedad Intelectual Audiovisual). Cuando un operador económico se encuentra en posición de dominio, sin renunciar a su derecho y obligación por competir en el mercado, tiene una especial responsabilidad en todas sus actuaciones y éstas tienen que estar plenamente justificadas y basadas en un conjunto de condiciones objetivas que no supongan menoscabo competitivo o un comportamiento no equitativo en relación con otros competidores, pero también con los clientes o con los consumidores.
15. La cuota cercana al 50%⁹ detenida por Eroski (que dobla la cuota de sus 2 competidores más inmediatos) es un indicio de una posible posición de dominio, pero no la determina necesariamente sino que debe ser corroborada por otros datos alternativos¹⁰.

Si se analizan los factores estructurales las distintas enseñas participan de características comunes y las diferencias vienen de la mano del tamaño empresarial que, sin duda, condiciona su capacidad de negociación y organización. Mientras que ERCORECA y UVESCO son regionales, EROSKI se extiende a todo el territorio estatal y LIDL, SABECO (GRUPO AUCHAN) y CARREFOUR forman parte de empresas multinacionales. Además, CARREFOUR y EROSKI son dos de las empresas líderes en el ámbito estatal y en diversos mercados regionales y reúnen las ventajas¹¹

⁹ La praxis comunitaria ha tenido en cuenta no sólo el nivel absoluto de la cuota –la cuota de la empresa propiamente dicha– sino también el nivel relativo, en relación con las cuotas de otros competidores. De esta práctica cabe deducir que cuotas inferiores al 40% no se consideran indicativas de una posición de dominio salvo que se den circunstancias excepcionales. A partir del 40% se ha considerado ya un nivel significativo si bien dependiendo del nivel relativo de la cuota en relación con otros competidores (el doble, un poco más...)

¹⁰ El Tribunal de Justicia Europeo (TJE), en la Sentencia *United Brands*, de 14 de febrero de 1978, señala que una empresa tenga una cuota elevada del mercado no permite concluir que ostente un control automático del mismo que, en todo caso, habrá que apreciar a la luz de otros factores y añade que la investigación sobre la cuestión de saber si una empresa está en posición de dominio debe hacerse examinando, en primer lugar, su estructura y la situación competencial existente. Por lo que se refiere a los factores de estructura de la empresa, considera como tales: recursos y métodos de producción, métodos de presentación, transporte y venta, tecnología e integración vertical. Y, en lo relativo a los factores de situación competencial en el mercado, señala que hay que tener en cuenta los siguientes: número y fuerza de los competidores, cuotas de mercado y volúmenes de venta, precios y barreras de entrada.

¹¹ Ventajas: (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. Fuente: *La distribución de bienes de consumo diario: competencia, oligopolio y colusión tácita*. http://www.ogasun.ejgv.euskadi.net/r51-14000/es/contenidos/informacion/informes_mercados/es_infomerc/informes_mercados.html. Tribunal vasco de Defensa de la Competencia.



competitivas que la Comisión y el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, TDC, actual Comisión Nacional de la Competencia, CNC han asociado a la existencia de una posición dominante individual o colectiva.

16. Respecto a la situación de la competencia, en el caso que nos ocupa, destacan las barreras de entrada legales¹² existentes. En efecto, la legislación vigente hasta el 7 de julio de 2008¹³ condicionó las autorizaciones de grandes establecimientos comerciales a una segunda¹⁴ licencia otorgada por el Gobierno Vasco, y estableció superficies máximas de venta por comarca por tipologías y sectores. Superada dicha superficie no se otorgaban nuevas licencias, lo que se puede equiparar con un cierre de mercado. Actualmente, la preceptiva licencia municipal queda condicionada al Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales de la CAE. Estas barreras legales, en todo caso, han dificultado la entrada de nuevos competidores o establecimientos de otras enseñas y, en consecuencia, han contribuido al mantenimiento o estabilidad de las cuotas existentes lo que apoya la evidencia que suponen las cuotas de mercado a la hora de determinar la posición de dominio. A las trabas legales hay que sumar la importancia de la ubicación en la distribución minorista de productos de consumo diario y la escasez de suelo disponible en la Margen Derecha con los consiguientes precios altos en un mercado densamente poblado.
17. Frente a estos indicios que apuntan a una posición de dominio por parte de Eroski Sociedad Cooperativa hay que considerar que en este mercado (en el que los productos básicos responden a necesidades básicas y se utilizan habitualmente como productos gancho) se da una fuerte interdependencia entre las distintas enseñas, lo que obliga a los establecimientos a estar en todo momento atentos a los recíprocos movimientos sin que sea factible una independencia relativa de comportamiento tal que permita actuar sin tomar en consideración en todos sus efectos las posibles reacciones de competidores y clientes-consumidores.
18. Además, de acuerdo con los datos facilitados por el Observatorio del Nivel de Precios del Comercio Minorista en España¹⁵ -que en su análisis comparativo de precios de alimentación y droguería entre enseñas y

¹² La propia estructura del mercado y la barreras de entrada existentes -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- pueden dar lugar a conductas susceptibles de restringir la competencia en el mercado lo que podría llevar a la adopción de remedios de diversa índole tal y como ha puesto de manifiesto el estudio *La distribución de bienes de consumo diario: competencia, oligopolio y colusión tácita* del Tribunal vasco de Defensa de la Competencia¹², remedios que escapan del marco de esta propuesta.

¹³ Fecha en la que se publica la Ley 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la Ley de la Actividad Comercial.

¹⁴ Además de la preceptiva licencia municipal.

¹⁵ <http://www.observatorioprecios.es/ObservaPrecios/Inicio.htm?in=0>



formatos comerciales ha recabado datos en el último trimestre de 2008 y en los 3 primeros trimestres de 2009 de los hipermercados presentes en la Margen Derecha- no se observa que los correspondientes a los hipermercados EROSKI estén indefectiblemente por encima de los de CARREFOUR. De hecho, en el año 2009 EROSKI, en nueve (9) ocasiones, arroja índices inferiores a los de CARREFOUR que, por su parte, se sitúa por debajo de EROSKI en ocho (8).

19. En comparación con mercados colindantes como el de Bilbao, los índices relativos de los hipermercados EROSKI de la Margen Derecha no se destacan por encima del de otras enseñas y son especialmente ventajosos respecto a algunas de ellas¹⁶. Si analizamos los índices ofrecidos por el Observatorio de Precios¹⁷ los hipermercados EROSKI de la Margen Derecha arrojarían sus peores índices relativos en el apartado Carnes (Índice relativo: 133, 24 puntos por debajo del índice mayor: 157) mientras que son especialmente ventajosos en la Alimentación Envasada Económica¹⁸ con un índice de 103 en el segundo semestre de 2009, cuando el índice superior es 148.

20. A partir de los datos facilitados por el Observatorio del Nivel de Precios del Comercio Minorista en España, aun cuando se llegara a determinar que Eroski, S. Coop. ostenta una posición dominante en el mercado de referencia, no cabría concluir que la citada Cooperativa haya llevado a cabo una conducta abusiva de dicha posición en la determinación de los precios sin relación razonable con el valor económico de la prestación proporcionada y haya afectado negativamente a los consumidores y con ello perjudicado la existencia de una competencia efectiva. Por ello, la conducta de Eroski S. Coop. en el mercado relevante al determinar los precios de los productos que comercializa en el mismo, no puede ser incardinada en el marco de la conducta prohibida por la Ley de Defensa de la Competencia, cuando a través de su artículo 2, proscribire la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio.

¹⁶ Las enseñas tienden a reproducir posiciones similares en el ranking en los diferentes trimestres. Hay enseñas como ERCORECA que se sitúa invariablemente entre las que ofrecen índices relativos más altos, tanto a nivel Bilbao (datos Observatorio Precios) como estatal (Datos OCU-Compra Maestra nº 341). Como dice la OCU en su publicación Compra Maestra nº341, pag. 13, con relación a la evolución de los precios en los supermercados *los que eran baratos lo siguen siendo y los caros continúan en su línea*.

¹⁷ <http://www.observatorioprecios.es/ObservaPrecios/Inicio.htm?in=0>

¹⁸ La marca blanca tiene gran influencia en este dato.



Por todo lo anterior, el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia

RESUELVE

PRIMERO: Estimar la Propuesta de Resolución del Servicio Vasco de Defensa de la Competencia de no incoación de expediente sancionador.

SEGUNDO: Comuníquese esta Resolución al SVDC y a la Comisión Nacional de Competencia y notifíquese al denunciante, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.

En Vitoria-Gasteiz a 5 de octubre de 2011

EI PRESIDENTE
JOSEBA ANDONI BIKANDI ARANA

EL VICEPRESIDENTE
JUAN LUIS CRUCELEGUI GARATE

VOCAL
M^a PILAR CANEDO ARRILLAGA

EL SECRETARIO
JOSE ANTONIO SANGRONIZ OTAEGI