



RESOLUCION (Expte. 04/2010, PLATANOS)

Pleno

D. Joseba Andoni Bikandi Arana, Presidente

D. Juan Luis Crucelegui Gárate, Vicepresidente

Dña. María Pilar Canedo Arrillaga, Vocal

Secretario: José Antonio Sangroniz Otaegi

En Vitoria-Gasteiz, a 22 de diciembre 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 04/2010, PLATANOS, iniciado por el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia (SVDC) como consecuencia de una denuncia interpuesta por la ASOCIACIÓN DE MADURADORES DE PLÁTANOS DE MERCABILBAO, en la que ponía de manifiesto unas presuntas prácticas restrictivas de la competencia realizadas por la mercantil denominada Bilbaína de Comercialización S.A. (BILCOSA),

ANTECEDENTES DE HECHO:

1. El 14 de octubre de 2009 tuvo entrada en el extinto Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno Vasco denuncia presentada por Dña. Nerea Goiriena Arce, en representación de la ASOCIACIÓN DE MADURADORES DE PLÁTANOS DE MERCABILBAO, en la que se ponía de manifiesto las supuestas prácticas restrictivas de la competencia realizadas por la mercantil *Bilbaína de Comercialización S.A. (BILCOSA)*, junto con las empresas vinculadas a la misma, consistentes en la venta de plátanos madurados a un precio inferior al precio de origen o de referencia del plátano verde que se fija en el mercado de origen, Canarias, prácticas que tendrían como consecuencia la eliminación de los competidores de BILCOSA del mercado, desapareciendo así la competencia.

La denunciante manifiesta que dichas actuaciones suponen la alteración tanto del mercado del plátano canario como del precio del producto, infringiendo la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Añade que la venta de productos a precios por debajo de su costo aprovechando cierta situación de dominio, causa daño al conjunto de la economía en general al conducir a la eliminación injustificada, en términos de competitividad, del resto de empresas, y que, por lo tanto, se reputa desleal según el artículo 17 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal.



2. El 16 de octubre de 2009 el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia (en adelante, SVDC) remitió a la denunciante un requerimiento de subsanación de la denuncia presentada: descripción del mercado de compraventa mayorista de plátano en Bizkaia (empresas que operan, cuotas de mercado, etc.), descripción del mecanismo de fijación del precio de referencia del plátano y descripción más exacta de la denuncia presentada, que fue cumplimentado en fecha 21 de diciembre de 2009.
3. En fecha 12 de enero de 2010 el SVDC remitió a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) nota sucinta en relación con 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 Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, en la que se señalaba que, de 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 Servicio Vasco de Defensa de la Competencia. El 21 de enero de 2010 el SVDC recibió de la CNC el escrito de conformidad a la asignación.
4. Con el fin de constatar la veracidad de los hechos denunciados, así como de investigar la existencia de indicios de infracción recogida en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC en adelante), en fecha 4 de febrero de 2010, por Resolución del Director de Economía y Planificación, se acordó iniciar una información reservada, previa a la incoación, en su caso, del correspondiente expediente sancionador, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.2 de la LDC.
5. El 10 de febrero de 2010 el SVDC solicitó diversa información a BILBAINA DE COMERCIALIZACIÓN S.A. (en adelante BILCOSA): actividades a las que se dedica, acuerdos que tenga con FRIGORÍFICOS BASAURI SL., supuestos en que vendan el plátano por debajo del precio de referencia, etc., que fue cumplimentada en fecha 2 de marzo de 2010.
6. El 10 de febrero de 2010 el SVDC solicitó diversa información a MERCADOS CENTRALES DE ABASTECIMIENTO DE BILBAO S.A. (en adelante MERCABILBAO): relación de empresas que se dedican a la actividad de conservación, maduración, clasificación, envasado, comercialización y/o venta del plátano, así como información sobre la evolución del precio del plátano, que fue cumplimentada en fecha 19 de febrero de 2010.
7. El 10 de febrero de 2010 el SVDC solicitó diversa información a FRIGORÍFICOS BASAURI S.L. (en adelante FRIBASA): actividades a las



que se dedica, acuerdos que tenga con BILCOSA, qué hacen con los plátanos que sus clientes desechan, etc.). Dicha solicitud fue cumplimentada en fecha 2 de marzo de 2010.

8. En fecha 23 de diciembre de 2009 el SVDC remitió a este Tribunal su Propuesta de no incoación de expediente sancionador, en relación a la conducta denunciada por la referida Asociación Profesional.
9. El Tribunal ha deliberado y fallado sobre el asunto en su reunión de 22 de diciembre de 2011, siendo ponente D. Joseba Andoni Bikandi Arana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

10. 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.
11. 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.
12. 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.



13. La referida ASOCIACIÓN DE MADURADORES DE PLÁTANOS DE MERCABILBAO denuncia ante el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia el hecho de que la mercantil BILCOSA esta vendiendo plátanos madurados a un precio inferior al de origen o referencia del plátano que se fija en Canarias. Dicha conducta, a juicio de la denunciante, no resulta algo puntual o excepcional justificada en circunstancias del mercado (sobreproducción, necesidad de dar salida a un producto perecedero, etc.....), y viene sucediendo desde hace 24 meses, con especial intensidad en los últimos meses. La conducta descrita, a juicio de la denunciante, supone una alteración del mercado de plátano canario, como de los precios del referido producto constituyendo una práctica colusoria perseguida y prohibida por la Ley de Defensa de la Competencia. Ese tipo de prácticas comerciales reciben el nombre de “dumping”, que supone una acción voluntaria de las empresas para vender el producto a precios por debajo de su costo en el mercado aprovechando cierta situación de dominio.

El Servicio Vasco de Defensa de la Competencia estima, una vez analizados los hechos objeto de denuncia, y contrastados los mismos con la Ley de Defensa de la Competencia, que no se ha detectado la existencia de indicios racionales de infracción de los preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia. No se acredita la venta del plátano a un precio inferior al de origen, pero aún en el supuesto de que así fuese, existe una razón objetiva para ello, y es que se trata de un producto perecedero próximo a su depreciación.

14. La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, establece en su artículo 2.1 que queda prohibida la explotación abusiva por mas de una o varias empresas de su posición de dominio. El abuso podrá consistir, entre otros, en la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos (artículo 2.2.a LDC)

Dos son los requisitos necesarios para poder aplicar este tipo: por una parte, el operador económico debe ostentar posición dominante en el mercado relevante y, por otra, la conducta debe resultar abusiva.

La conducta consistente en la imposición de precios predatorios, conlleva que la empresa en posición de dominio baja los precios de tal forma que incurre deliberadamente en pérdidas – o renuncia a obtener beneficio a corto plazo- y logra así reducir la competencia real o potencial, lo que le permitirá imponer precios monopolísticos a largo plazo. (Sentencia TPI de 12 de diciembre de 1991, asunto T-30/89, Hilti).

15. El mercado relevante se determina a través de la definición del mercado de producto y del mercado geográfico y, en el caso que nos ocupa quedaría configurado como el de la comercialización al por mayor de plátano canario en el ámbito de MERCABILBAO.



16. Interesa a este TVDC primeramente analizar los hechos objeto de denuncia por la citada asociación profesional, a efectos de contrastar la certeza de su base fáctica, y posteriormente realizar el contraste de los mismos con la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

En la relación de hechos descritos en la denuncia cabe destacar la presencia de los siguientes operadores económicos: Eroski, S. Coop., Frigoríficos Basauri, S.A. (FRIBASA) y Bilbaína de Comercialización, S.A (BILCOSA).

FRIBASA, tiene por objeto social la explotación propia o en régimen de alquiler de cámaras frigoríficas, así como la compra y venta al por mayor de frutas, verduras y hortalizas; la venta a comisión de dichos géneros; la manipulación, envasado y acondicionamiento de los géneros comercializados; el almacenamiento y depósito, incluso en cámaras frigoríficas, de los citados géneros; y a cualquier otra operación relacionada con el comercio de frutas, verduras y hortalizas. Las actividades integrantes del objeto social puede ser desarrolladas directamente por FRIBASA, o de modo indirecto, mediante su participación en Sociedades o entidades con distinta personalidad jurídica. (Artículo 2 Estatutos Sociales). El accionista único de FRIBASA es accionista de BILCOSA, además de administrador único de ambas. Aunque no hayan formalizado ningún documento por escrito, ambas empresas mantienen una relación comercial desde mayo de 2008 para la comercialización en MERCABILBAO de, entre otros productos, los plátanos no conformes o destríos .

Según manifiesta la representación de la empresa FRIBASA, ésta cuenta sólo con un único cliente, EROSKI SOCIEDAD COOPERATIVA, con el cual mantiene una relación jurídico mercantil cuyo objeto es la prestación en exclusiva de servicios de maduración y manipulación de frutas, plátanos incluidos. FRIBASA presta y factura a EROSKI sus servicios de maduración y manipulación de plátanos. Además, en el supuesto que los plátanos no reúnan los requisitos de calidad y/o tamaño requeridos por EROSKI para la comercialización a través de su red de establecimientos comerciales, FRIBASA se encarga de su venta. Como quiera que en virtud del artículo 2 párrafo segundo de sus estatutos sociales, la actividad de la citada mercantil puede ser realizada de modo indirecto, FRIBASA encomienda a otra empresa la venta de los plátanos no conformes – o “destríos-resultantes del proceso de maduración y manipulación realizada por FRIBASA. El cliente en todo momento mantiene la propiedad del producto.

Dicha empresa es BILCOSA, empresa ubicada en MERCABILBAO cuyo objeto social es la compra y venta al por mayor de frutas, verduras y hortalizas; la venta a comisión de dichos géneros; la manipulación, envasado y acondicionamiento de los géneros comercializados; el almacenamiento y depósito, incluso en cámaras frigoríficas, de los citados



géneros; y a cualquier otra operación relacionada con el comercio de frutas, verduras y hortalizas. Con relación al plátano, esta empresa manifiesta que sólo lo comercializa en MERCABILBAO.

- 17.** Así, EROSKI, a través de su central de compras, adquiere los plátanos en verde directamente de los productores para su comercialización en todo el Estado a través de su red de establecimientos comerciales. Como quiera que ha sido adquirido en verde, EROSKI subcontrata con FRIBASA la maduración y manipulado del plátano. Además, en el supuesto de que el plátano resultante de dicha operación no reúna las condiciones de calidad y/o tamaño requeridas para la comercialización a través de su red comercial, EROSKI encomienda a terceros (FRIBASA) la enajenación del plátano desechado que ya ha pasado el proceso de maduración.

A su vez, FRIBASA en ejecución de la relación contractual mercantil de prestación de servicios de maduración y manipulación de plátanos en verde que mantiene con la Cooperativa EROSKI, encomienda a BILCOSA, entidad mercantil participada por FRIBASA, la venta de los plátanos “no conformes o destrios” de EROSKI, que ya han pasado el proceso de maduración. El plátano no conforme objeto de venta por parte de BILCOSA en MERCABILBAO, es propiedad de EROSKI, y BILCOSA únicamente procede a la venta de dicho producto a instancia de FRIBASA. Ni FRIBASA, ni BILCOSA adquieren el producto, únicamente proceden a su enajenación en el mercado mayorista de MERCABILBAO.

Los plátanos objeto de controversia son en todo momento propiedad de EROSKI quien se vale de FRIBASA, y esta a su vez de BILCOSA, para dar salida al plátano que ella desecha. Una vez vendido el producto, BILCOSA liquida y abona a FRIBASA el importe resultante del precio de venta menos los costes de la operación, para después entregarlo a EROSKI.

- 18.** El planteamiento fáctico expuesto por la denunciante, que ha sido contrastado con la denunciada BILCOSA y FRIBASA, junto con la evidencia incontestable de que el plátano es un producto fresco de carácter perecedero que una vez maduro goza de breve tiempo hasta su depreciación, hacen a este TVDC no compartir en absoluto la consecuencia jurídica que vierte sobre esos hechos la denunciante bajo la premisa de que el precio de venta es inferior al precio de origen pagado por EROSKI. La consecuencia jurídica que deduce la denunciante no es otra que dicha conducta constituye una práctica colusoria perseguida y prohibida por la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. A juicio de la asociación profesional denunciante la mercantil BILCOSA incurre en la venta del plátano en Mercabilbao en precios predatorios que tiene por objeto eliminar del mercado a las integrantes de la asociación profesional denunciante.

- 19.** En primer lugar este TVDC debe compartir con el SVDC la consideración expuesta en la PR cuando señala que no resulta probado en la fase de



información reservada que la empresa BILCOSA venda plátano en mercado de MERCABILBAO con un precio inferior al de adquisición en origen, y por ello no cabe deducir indicios de vulneración del artículo 2 de la LDC.

Sin embargo, este TVDC va más allá de la consideración vertida por el SVDC, en el sentido de que, ni resulta acreditado, ni tampoco puede ser acreditado, toda vez que BILCOSA no compra en el mercado de origen el plátano objeto de la denuncia que pasa a vender en MERCABILBAO, tan sólo se limita a ejecutar el encargo de FRIBASA, de prestar los servicios de comercialización de los plátanos de EROSKI que han sido desechados por no reunir los requisitos de calidad necesarios para su venta a través de su red comercial. Tras proceder a la venta de la mercancía BILCOSA factura a FRIBASA la operación mercantil. Los plátanos desechados por EROSKI y que ésta ha ordenado su venta a FRIBASA.

20. Además de lo anterior, tampoco cabe desprender de la conducta de EROSKI en el referido mercado relevante una conducta colusoria de abuso de posición dominante a través de la imposición de precios predatorios con la intención de eliminar competidores, toda vez que dicha Cooperativa no es rival, ni competidor de ninguna de las empresas integrantes de la Asociación profesional denunciante, por lo que difícilmente va tener la intención de expulsar del mercado relevante a las empresas integrantes de la asociación profesional denunciante.

EROSKI comercializa el plátano en verde que ha adquirido en origen a través de dos vías, una principal, directa y ordinaria, la red comercial de dicho distribuidor en el Estado, respecto del plátano que reúne los requisitos de calidad para la comercialización directa a través de su red comercial; otra, residual, y a través de terceros intermediarios (FRIBASA), respecto del plátano adquirido y rechazado por no reunir los requisitos de calidad para ser comercializado a través de su red comercial y que ya ha pasado la fase de maduración, contando con escaso tiempo para su aprovechamiento a través del consumo.

Tanto FRIBASA, como BILCOSA son meras empresas intermediarias de EROSKI, en orden a la venta de plátano desechado por ésta por ser de inferior calidad a la comercializada por la citada Cooperativa, y no actúan en dichas operaciones comerciales como competidoras de las empresas integrantes de la asociación profesional denunciante, sino tan sólo como intermediarias de EROSKI para la enajenación del producto desechado.

A mayor abundamiento, y aun cuando el precio de venta de dichos plátanos fuese inferior al del mercado de origen donde adquiere los mismos EROSKI, no debemos desconocer que se trata de un producto que carece de la calidad necesaria para su comercialización en la red comercial de EROSKI, y además ya han sufrido el proceso de maduración, lo cual requiere una comercialización apresurada para ser puesto en el mercado en condiciones



óptimas de consumo. Esto es, dicha conducta encontraría una justificación razonable, razonada, proporcional y objetiva. Además, con ello estaría posibilitando a sus competidores en el mercado aguas abajo de venta al por menor de plátano, donde EROSKI sí opera, la adquisición del producto a precio mas bajo al que ella mismo adquiere, y de esa conducta no se puede inferir intención alguna de expulsar a sus rivales del mercado, por el contrario los estaría beneficiando.

- 21.** En todo caso, y aún cuando los hechos expuestos por la denunciante hubieren quedado acreditados, debe tenerse en cuenta el artículo 14.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que regula las ventas a pérdida, cuando establece que la prohibición de ofertar o realizar ventas al público con pérdidas no se aplica cuando se trate de artículos perecederos en las fechas próximas a su inutilización. Dicho régimen jurídico no sólo es aplicable a los comerciantes minoristas, sino también y en virtud de la Disposición Adicional Segunda de la referida Ley de Ordenación del Comercio Minorista, a las entidades de cualquier naturaleza jurídica, que se dediquen al comercio mayorista o que realicen adquisiciones o presten servicios de intermediación para negociar las mismas por cuenta o encargo de otros comerciantes.

Los plátanos son productos de alimentación calificados como frescos y perecederos que por sus características naturales conservan sus cualidades aptas para su comercialización y consumo durante un corto plazo de tiempo. En el supuesto planteado por la denunciante los plátanos objeto de venta en MERCABILBAO, no reúnen las condiciones de idoneidad para la comercialización al detalle por parte de EROSKI a través de red comercial extendida por todo el Estado, lo cual unido al carácter perecedero del plátano que se acelera tras su paso por las cámaras de maduración, motiva una salida rápida, habida cuenta de la menor calidad del producto y estado de maduración del mismo, conducta que encuentra su amparo objetivo y legal en el artículo 14.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

- 22.** Por cuanto antecede, este TVDC no observa en los hechos objeto de denuncia indicios racionales de vulneración de la normativa de defensa de la competencia al no observar la existencia de precios predatorios con la intencionalidad o estrategia por parte de las empresas implicadas encaminada a eliminar a sus competidores del mercado de la venta del plátano en MERCABILBAO. Los hechos denunciados son actuaciones conducentes a dar salida a un producto perecedero en fechas próximas a su inutilización, que cuenta, además, con su amparo legal en la Ley de Ordenación del Mercado Minorista.



En base a lo expuesto este Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia,

RESUELVE

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

Comuníquese esta Resolución al SVDC y a la Comisión Nacional de Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden 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 22 de diciembre 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