

## **RESOLUCIÓN (Expte. 307/91)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Fernández Ordoñez, Presidente

Martín Canivell, Vocal

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

Soriano García, Vocal

En Madrid a 23 de marzo de 1992.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, constituido por los señores que al margen se relacionan y reunido para resolver sobre el expediente 307/91 (685/90 del Servicio de Defensa de la Competencia), instruido como consecuencia de la denuncia presentada por la representación del Sector de Librerías de la "Unión de Comerciantes de Gijón" contra las compañías mercantiles "ALCAMPO S.A." y "REPON S.A.", por conductas contrarias a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en haber realizado reducción en el precio de los libros de texto entregando ese valor en material de escritorio y teniendo en cuenta los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1º Con fecha 13 de septiembre de 1990 don Gaspar Tirados González, en su condición de Presidente del Sector de Librerías de la "Unión de Comerciantes de Gijón", presentó escrito ante la Dirección Territorial de Economía y Comercio de Oviedo en la que básicamente expone: a) Que había sido comprobado por miembros de dicha asociación la realización de venta de libros de texto directamente al público en los establecimientos comerciales de "ALCAMPO S.A." y "REPON S.A.", en la cual se llevan a cabo descuentos sobre el precio fijado de venta de los citados libros, señalando que en el primero de los establecimientos citados se realiza un descuento del 15% sobre el precio fijado por la editorial, cuyo valor es entregado al consumidor en material escolar, mientras que en el segundo de los citados establecimientos el descuento se realiza directamente sobre el precio sin materialización en otro tipo de productos. b) Con arreglo a lo establecido en el Real Decreto 484/1990, de 30 de marzo, sobre precio de venta al público de libros, el precio de los mismos es fijo para todo tipo de establecimientos comerciales, tal como se establece en su artículo primero, sin que los casos ahora denunciados estén entre los supuestos de exención previstos en el artículo segundo del

citado Real Decreto c) Que el artículo octavo del meritado reglamento estipula que las responsabilidades administrativas por incumplimiento de la citada norma se exigirán de conformidad con la legislación sobre competencia desleal.

- 2º Con fecha 18 de octubre de 1990 el Director General de Defensa de la Competencia dictó Providencia en la que, tras estimar que podían existir indicios racionales de existencia de conductas prohibidas por la Ley 16/1989, procedía al nombramiento de Instructor y Secretario del expediente, que se notificaba asimismo a los interesados.
- 3º Con fecha 20 de noviembre de 1990 se otorgaba por la Instrucción plazo de diez días a los denunciadores y denunciados para proceder a efectuar las alegaciones oportunas, que fueron evacuadas por "ALCAMPO S.A." y "REPON S.A." con fecha 18 de diciembre.

La primera de las citadas compañías alegaba en sustancia lo siguiente: 1º) Que la compañía "ALCAMPO S.A." jamás ha pretendido falsear la competencia. 2º) Que en la publicidad de los libros objeto del expediente no puede hablarse de conducta prohibida puesto que los libros eran adquiridos por los clientes al precio fijo de venta al público sin que existiera ningún tipo de rebaja o descuento. 3º) Que el cliente compraba los libros al precio fijado por el editor o importador cumpliendo con lo establecido en la citada normativa. 4º) Que el 15% al que alude la publicidad no es un descuento que se realice sobre el precio de los libros sino que una vez que el cliente abonaba en caja el precio fijo del libro se le entregaba un vale que representaba el 15% de su valor y posteriormente el cliente podía aplicar dicho vale en la compra de material escolar (sacapuntas, gomas de borrar, reglas....), no en libros. 5º) Que con este tipo de campañas se favorece la cultura "ofreciendo así nuestra pequeña colaboración al desarrollo de uno de los principios constitucionales básicos como es el del derecho a la educación". 6º) Que, atendiendo a la Directiva 84/250/CEE de diciembre de 1978, en la que se recoge la necesidad de evitar aquellas actuaciones que perjudiquen o puedan perjudicar a un competidor y de las que puedan derivarse consecuencias desleales, no han llevado en la campaña publicitaria de los libros ningún tipo de actuación en la que pudiera verse un intento de competir de manera desleal con el sector de los librerías, no siendo este sector en el que se centra nuestra actividad comercial. Concluye solicitando vista del expediente, adjuntando folleto publicitario y solicitando archivo de actuaciones por no existir ni materia ni hechos sancionables.

Por su parte, la compañía mercantil "REPON S.A.", alegó en lo sustancial que se trataba de una compañía mayorista, tal como mostraba la escritura de constitución y autorizaciones administrativas para la puesta en funcionamiento

de su actividad. Con ello quedaría demostrado que, al no operar en venta al detalle, aunque podría hacerlo, la denuncia carece totalmente de fundamento. "REPON S.A.", no tiene abierta sus puertas indiscriminadamente a cualquier tipo de clientes y mucho menos al público o consumidores finales ya que sólo quienes tienen el documento conocido como "pasaporte", otorgado solamente a compradores profesionales dotados de la oportuna licencia fiscal, se les permite el acceso a las instalaciones de la compañía. Además, "REPON S.A.", no vende libros de texto en el sentido propio de la expresión. Tras examinar los demás requisitos del citado Real Decreto 484/1990, entendiendo que no le eran de aplicación, sustancialmente por el carácter mayorista de la compañía, y tras negar rotundamente que vendiera libros de texto ya que los libros que vendía eran novelas, relatos o ensayos -en prueba de lo cual y acompañando como documento al escrito relación de editoriales que distribuyen libros de texto en el que consta que no vendían productos de este tipo a esta compañía- añade en sus alegaciones que como central mayorista de distribución, el capítulo dedicado a "artículos de regalo y papelería", donde se incluyen los libros, y en concreto por lo que se refiere a su almacén de Oviedo, supone solamente un 7,10% de su facturación global y a su vez hay que tener en cuenta que dicho capítulo incluye muchos otros artículos que no son libros, por lo que el resultado es que "REPON S.A." no puede considerarse un competidor, ni leal ni desleal. Además, por si no bastara lo anterior, señala la denunciada que en el propio reglamento citado se contienen excepciones que implican que la fijación de descuentos no está "per se" prohibida. Añade en esta misma línea que, del examen de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con la vieja legislación sobre prácticas restrictivas, se deduce que se ha producido una modificación sustancial en cuanto a las conductas prohibidas y, que desde luego, no resulta aplicable en modo alguno a "REPON S.A." lo establecido en el artículo séptimo de la Ley 16/1989, de 17 de julio, puesto que ni hay conducta prohibida, ni la actividad de "REPON S.A." podría afectar al interés público, lo que resulta comprobable a la luz del (entonces) proyecto de ley sobre competencia desleal. Por todo lo cual, concluye entendiendo que se han evacuado las pertinentes alegaciones y que se rechace la admisión a trámite de la denuncia formulada. Todo ello acompañado de los documentos que tuvo a bien presentar para sostener tales alegaciones.

- 4º Con fecha 7 de junio de 1991 se formuló el pliego de concreción de hechos de infracción solamente a "ALCAMPO S.A.".

Señala la instrucción del expediente que la práctica por parte de "ALCAMPO S.A." de conceder un descuento del 15% sobre el precio de venta al público fijado por la editorial de libros de texto, entregando en material escolar dicho porcentaje, es una infracción del artículo séptimo de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

- 5º Con fecha 18 de julio de 1991 "ALCAMPO S.A." alega que existe "caducidad del expediente por haber transcurrido más de seis meses desde la notificación de la Providencia de incoación (3/12/90) a la notificación del pliego de concreción de hechos (1/7/91)". Además se ratificaba en las anteriores alegaciones.
- 6º Con fecha 17 de setiembre la Instructora del expediente oficia a "ALCAMPO-GIJON" solicitando que le comunique los ingresos totales de la entidad en 1989 y 1990 y el concepto en venta de libros durante el mismo período. Fue contestado dicho requerimiento por escrito de la denunciada de fecha de entrada 1 de octubre de 1991.
- 7º El 10 de octubre de 1991 se formula el Informe-Propuesta en el que, tras un resumen de antecedentes y tras negar la existencia de prescripción ni de caducidad, concluye calificando la práctica dentro de lo establecido en el artículo séptimo de la Ley 16/1989, siendo responsable de tal infracción exclusivamente "ALCAMPO S.A.", consistente dicha mala práctica en un acto desleal por violación de normas, en concreto el Real Decreto 484/1990 de 30 de marzo, que afecta a una parte del mercado nacional y que falsea la competencia y el interés público, por lo que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 16/1989, concluye señalando la existencia de una conducta prohibida por parte de "ALCAMPO S.A."
- 8º El 23 de octubre de 1991 se remitió el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia y tras las incidencias procedimentales oportunas se dictó por el Tribunal con fecha 29 de octubre del calendado año, Auto por el que entendía que se estimaban aportados al expediente los antecedentes suficientes para admitirlo y ponerlo de manifiesto a los interesados a tenor de lo establecido en el artículo 40 de la meritada Ley de Defensa de la Competencia, poniéndose de manifiesto a los interesados.

Notificado dicho Auto oportunamente, presentó alegaciones la compañía "REPON S.A." con fecha de entrada 18 de noviembre de 1991.

En sus alegaciones, y tras reiterar en lo sustancial su anterior escrito sobre el carácter mayorista y por ende la falta de tipificación legal de su conducta, presenta complementariamente otro tipo de alegaciones intituladas (folio 18 del expediente), "Sobre la instrucción del expediente 685/90 por el Servicio de Instrucción y Vigilancia (Dirección General de Defensa de la Competencia)". Recuerda en las mismas que durante la instrucción del expediente se ofició al denunciante para que, por dos veces, aportara documentos acreditativos de las afirmaciones contenidas en el escrito de denuncia y jamás se contestó por el Sr. Tirados González a dichos requerimientos. Además, a partir de este momento todos los actos han ido dirigidos contra "ALCAMPO-GIJON", sin que

"REPON S.A." haya tenido noticia del expediente, ni siquiera del "Pliego de Concreción de Hechos de Infracción". De hecho, "REPON S.A." fue apartada del expediente sin que exista declaración formal de sobreseimiento de las actuaciones, por lo que implícitamente la Administración ha exculpado a "REPON S.A." al no dirigir contra esta Compañía ninguna actuación a partir del momento de la presentación del escrito de alegaciones.

9º Notificado a "ALCAMPO S.A." dicho Auto, esta compañía mercantil no realizó alegaciones.

10º Por Providencia del Pleno del Tribunal del día 7 de febrero de 1992, se acordó a tenor de lo establecido en el artículo 41.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, conceder un plazo de quince días para formular conclusiones.

11º Con fecha 11 de febrero de 1992, la representación de la compañía mercantil "REPON S.A.", cumplimenta el trámite ratificándose en sus alegaciones. Y con fecha 28 de febrero de 1992 tiene asimismo entrada en el Tribunal el escrito de conclusiones de la representación de "ALCAMPO S.A."

12º El Vocal Sr. de Torres Simó se abstuvo a tenor de lo establecido en el artículo 20.2.b) de la Ley de Procedimiento Administrativo y 69.1.a) del Reglamento de este Tribunal.

Ha sido Ponente el Vocal D. José Eugenio Soriano García.

## HECHOS PROBADOS

**Primero.** La compañía "ALCAMPO S.A." hizo en la época determinada por la denuncia oferta de promoción de libros de texto consistente en ofrecer el 15% de su valor que se materializaría en material escolar.

**Segundo.** Existen varios centros comerciales dedicados como grandes superficies a la comercialización de productos heterogéneos en forma semejante a como lo realiza "ALCAMPO S.A." en la zona central del Principado de Asturias.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 1º Es imprescindible distinguir a efectos de aplicar la normativa vigente y realizar las calificaciones que en Derecho correspondan, según nos encontremos ante la situación de la compañía "REPON S.A.", y de la compañía "ALCAMPO S.A."

Como resulta meritorio de los antecedentes fácticos aportados al expediente, es claro que en ambos casos, tras la denuncia realizada por el representante de la "UNION DE COMERCIANTES DE GIJON", éste desaparece de la escena del expediente limitando su actuación a poner en marcha el expediente contra dos conocidas compañías, a las que somete de esta manera a un iter procesal complejo dentro de un expediente sancionador.

Ciertamente, una vez que se pone en marcha el expediente por cualquiera de los mecanismos previstos en la Ley 16/1989, ha de continuar en tanto se entienda que, de las averiguaciones que se están llevando a la práctica, hay, o se deducen, motivos más que suficientes para entender que el orden público económico afectado por la práctica restrictiva puede verse perturbado. Pero no obsta ello a que cuando, como sucede en este caso, nos encontramos con que el denunciante -tras realizar la actividad de denuncia- se niega sistemáticamente a colaborar en el expediente y deja que transcurran todos los trámites y plazos sin aportar ningún dato ni colaborar en el expediente, el Servicio de Defensa de la Competencia y este Tribunal han de exigir los requisitos procesales a fin de evitar que el mero expediente incoado por quien puede tener un interés, inclusive torticero, se convierta en una carga procesal excesiva para los incoados.

Como señala el representante de "REPON S.A.", puesto que desde que hizo sus alegaciones no se le comunicó el "pliego de concreción de hechos" ni se volvió a dirigir ningún acto al mismo, había motivos más que suficientes para interpretar que, de hecho, se había entendido por la Administración que las actuaciones no se dirigían contra esta compañía. Pero, en la medida en que de derecho no se le había comunicado formalmente el archivo de las actuaciones con una declaración expresa de exculpación, resulta necesario comunicar cuantas resoluciones afecten a los derechos de las partes interesadas ya que no cabe en nuestra legislación que se produzca el desenganche de un expediente por vía de hecho y no de derecho. Para evitar precisamente que se encuentren en situación procesalmente claudicante quienes han sufrido las consecuencias de un expediente abierto, es para lo que la Ley de Defensa de la Competencia establece el archivo de las actuaciones (art. 36.2), o el sobreseimiento del expediente(art. 37.4), sin perjuicio de los recursos que quepan en su caso contra dicha resolución. Así, con una decisión formal, los derechos de los encausados quedan

perfectamente a cubierto. Procesalmente tiene derecho el denunciado a que se le exculpe formalmente del expediente si se le inculcó formalmente también.

Desde esta perspectiva hay que hacer un pronunciamiento favorable sobre la denunciada "REPON S.A.". En primer término, no se ha probado que incurriera en la conducta presuntamente prohibida ya que de los antecedentes y hechos probados se deduce con facilidad que ni siquiera se realizó esa conducta sobre los libros objeto de expediente, tal como acreditan las certificaciones de diferentes empresas del sector, creíbles en la medida en que no se ha combatido ni averiguado la existencia de práctica prohibida y en la medida en que la denuncia se limita a acusar sin probar y sin haber querido comparecer para acreditar y fundar su acusación a lo largo de todo el expediente.

En segundo término, la denunciada tampoco habría incurrido en práctica prohibida, según tendremos ocasión de señalar con carácter más general, inclusive en el supuesto en que hubiera realizado dicha conducta puesto que, como veremos posteriormente, la práctica, caso de llevarse a cabo, no es perseguible ni sancionable en derecho de la competencia.

Por todo ello, es necesario exculpar a "REPON S.A.", e indicar que no ha incurrido en práctica prohibida la Ley 16/1989, de 17 de julio.

2º Por lo que se refiere al segundo de los denunciados, "ALCAMPO S.A.", hay que excluir asimismo que haya incurrido en práctica prohibida, si bien es necesario contestar a todas sus alegaciones, examinando antes las de naturaleza formal.

En primer lugar, y por lo que se refiere a su alegación de caducidad del expediente, hay que rechazarla de plano ya que ha existido actividad administrativa comprobable a lo largo de toda la Instrucción.

En el caso de autos, con toda claridad puede comprobarse cómo entre las dos fechas denunciadas existe actividad administrativa comprobable e incorporada al expediente, por lo que no es de acogida esta denuncia.

En segundo lugar, descartados los argumentos formales, hay que atender, sin embargo, a los argumentos materiales aportados por la denunciada.

De un lado, se deduce de la denuncia incorporada al expediente que la práctica supuestamente cometida era un acto desleal por violación de normas, en nuestro caso violación del Real Decreto 484/1990, sobre precio de venta al público de libros y que afecta a una parte del mercado nacional falseando la competencia y afectando al interés público. Esto es, sería un supuesto de deslealtad por la práctica de un descuento ilegal.

El Tribunal entiende que la calificación ha de ser distinta.

La actividad realizada por "ALCAMPO S.A." puede ser calificada, bien como venta con regalo, bien como venta con prima. Lo relevante a efectos de este expediente es que no se trata de descuento ya que no se provoca a través de esta operación un puro ahorro de dinero, sino que con ocasión de la celebración de un contrato, y sin ese ahorro de numerario, se obtiene una ventaja o beneficio complementario de carácter puramente adicional. Se trata de una simple operación de promoción comercial que en modo alguno es encajable en un supuesto de descuento.

De otro lado, no ha quedado probado ni deducido del expediente que se afecte al mercado nacional, ni en todo ni en parte. Para que una conducta afecte al mercado en términos reprobables a la luz del derecho de la competencia tiene que darse una serie de requisitos que no concurren en este supuesto. En concreto, en el mercado relevante, que geográficamente puede concretarse a estos efectos en la zona central del Principado de Asturias, existen varios centros comerciales que compiten con la denunciada en el comercio desarrollado por las grandes superficies. No existe desde luego posición de dominio, mucho menos si se compara con el producto, venta de libros, que sufre a su vez la concurrencia de otros numerosos centros detallistas, como lo prueba el propio sentido de la queja, presentada precisamente por el representante del sector minorista dedicado a esta actividad.

Además, la actividad tiene que ser significativa, lo que con las cifras de venta aportadas en el expediente no puede predicarse de la venta de libros de texto por parte de "ALCAMPO S.A.". Son, por el contrario, de poca importancia en comparación con el sector y desde luego de poca o escasa importancia en relación con el volumen de ventas de la denunciada.

Asimismo, la competencia ha de quedar afectada de manera sensible, lo que no se deduce ni se prueba de los antecedentes que obran en este expediente.

Por otra parte, no ha quedado probado, ni deducido, que se afecte al interés público. En efecto, no parece deducirse, ni de la actitud del propio denunciante, ni a la vista de las cifras manejadas, ni a la vista de las alegaciones de las partes, que el interés público haya sufrido en absoluto.

Por último, para que se falsee la competencia es necesario manipular sobre las causas que concurren en el mercado viciando algunos de los elementos competitivos. Y aquí sucede más bien lo contrario: que una oferta promueve, aunque sea en pequeña medida, las condiciones para que exista una competencia que antes no existía. Oferta que, por demás, no constituye a



efectos de defensa de la competencia una práctica desleal ya que en definitiva no concurren los requisitos que tiene este Tribunal establecidos en su Resolución de 9 de octubre de 1991 para que pueda considerarse que el comportamiento incurra en competencia desleal desde la perspectiva de la Ley de Defensa de la Competencia.

**VISTOS** los preceptos citados y los demás de general aplicación el Tribunal en Pleno,

### **RESUELVE**

- 1º Que no ha sido acreditada la realización de una conducta prohibida por parte de "REPON S.A".
- 2º Que no ha resultado acreditada la comisión de conducta prohibida por parte de "ALCAMPO S.A".
- 3º Dar por concluso el presente expediente.

Notifíquese a los interesados y comuníquese al Servicio de Defensa de la Competencia, instruyéndose a aquéllos que contra esta Resolución podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente a su notificación.