

RESOLUCIÓN DE RECURSO (Expte. r 621/04, TELE PIZZA)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Javier Huerta Trolèz, Vicepresidente en funciones de Presidente

D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal

D. Julio Pascual y Vicente, Vocal

D. Miguel Comenge Puig, Vocal

D. Antonio Del Cacho Frago, Vocal

D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vocal

D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal

D. Miguel Cuervo Mir, Vocal

En Madrid, a 11 de noviembre 2004

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la expresada composición y siendo el Vocal ponente D. Miguel Cuervo Mir, ha dictado la presente Resolución en el expediente de recurso r621/04 TELE PIZZA (2517/04 del Servicio de Defensa de la Competencia, en lo sucesivo, el Servicio o SDC) interpuesto por la Asociación de Franquiciados de Telepizza (en adelante AFT) contra la resolución de archivo del expediente dictada por el Servicio de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Con fecha 12 de julio de 2004, el Servicio acordó el archivo de la denuncia presentada por la Asociación de Franquiciados de Telepizza (en adelante AFT) contra Tele Pizza, S.A. en la que la denunciante consideraba que esta empresa había vulnerado la libre competencia al amparo del art. 6 LDC y más concretamente se denunciaba la imposición de precios no equitativos y la aplicación de condiciones desiguales a prestaciones equivalentes.

2.- Con fecha 27 de julio de 2004, se recibe en el Tribunal escrito de interposición de recurso por parte de la AFT contra el Acuerdo de archivo del Servicio por la denuncia citada en el antecedente primero. La denunciante alega infracciones de carácter procedimental del art. 37.4 LDC. Recurre el hecho de que no se haya definido el mercado relevante, considerando que ello es competencia del Servicio, y argumenta que en el procedimiento no se le ha dado oportunidad de acreditar la posición dominante de Tele Pizza, S.A. Finalmente, en contra del criterio del Servicio, la recurrente considera que hay pruebas ciertas y no solamente sospechas acerca del abuso de posición de

dominio basadas en precios no equitativos y en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.

Por otro lado, la recurrente también considera que los hechos denunciados sí afectan al interés público en tanto que los contratos de franquicia son una excepción a la regla general de la libre competencia y su aplicación práctica requiere de una especial consideración. Refuerza este argumento en la consideración de la dependencia económica del franquiciado y en el efecto que sobre los consumidores finales tiene el comportamiento de Tele Pizza, S.A.

3.- Con fecha 28 de julio de 2004, el Tribunal remite al Servicio fotocopia del escrito de recurso de la AFT. En cumplimiento del art. 48.1 LDC el Tribunal solicita del Servicio informe sobre el citado recurso.

4. Con fecha 30 de julio de 2004, se recibe en el Tribunal escrito del Servicio en el que éste pone de manifiesto:

- a) Que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de 10 días establecido por el art. 47 LDC.
- b) Que en la documentación aportada en la denuncia no consta acreditación de la recurrente.
- c) Que la recurrente además de reiterar los argumentos expuestos en la denuncia original, incorpora al escrito de recurso nuevas imputaciones y, además, denuncia una infracción procedimental. El Servicio lo considera injustificado al amparo del art. 36.3 LDC, por el que el Servicio puede proceder al archivo de denuncia sin iniciar procedimiento alguno, en la medida en que no hayan aparecido indicios de infracción en la instrucción de la información reservada, previa a la iniciación de un expediente sancionar. En todo caso, considera el Servicio que la Ley no prevé obligación alguna de notificar al denunciante una propuesta de acuerdo de archivo.
- d) Por otra parte, el Servicio considera que no puede deducirse, con los nuevos datos que aporta la recurrente, cuál es la posición de la denunciada en el mercado. De igual modo, subraya que es insuficiente el hecho de tener una elevada cuota de mercado para determinar una posición de dominio en el mismo, sino solamente un factor que concurre con otros. Estos otros factores no han sido señalados por la denunciante y recuerda el Servicio que la carga de la prueba recae sobre la parte que la alegue.

- e) También es criterio del Servicio que la recurrente introduce otra supuesta vulneración del art. 6 LDC que no estaba planteado en el escrito inicial de la denuncia y que esto puede ser motivo suficiente para desestimar el motivo de la alegación. En todo caso, subraya que no es la situación de dependencia económica lo que constituye infracción en la LDC sino su explotación abusiva.
- f) Finalmente, el Servicio insiste en que la mera sospecha, como puso de manifiesto en el Acuerdo de archivo, no es suficiente para pretender la actuación de las autoridades de Defensa de la Competencia y, de igual modo, reitera los argumentos expuestos en relación con el supuesto interés público de los hechos denunciados, entendiendo el Servicio que éstos se refieren a *“intereses privados subyacentes en el conflicto de los Franquiciados denunciantes con Tele Pizza, S.A.”*.

5.- Se incorpora al expediente fotocopia de poderes de la AFT a favor de los letrados y procuradores para que la puedan representar.

6.- Con fecha 6 de septiembre de 2004, mediante Providencia, el Tribunal pone de manifiesto el expediente a los interesados para que formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

7.- Mediante fax, con fecha 23 de septiembre de 2004, Tele Pizza, S.A. solicita una ampliación de plazo para formular alegaciones. Ese mismo día el Tribunal, mediante Providencia, procede a la concesión de la prórroga solicitada por un periodo de 8 días hábiles.

8.- Con fecha 1 de octubre de 2004, se recibe en el Tribunal las alegaciones de la AFT.

9.- Con fecha 8 de octubre de 2004, se recibe en el Tribunal escrito de alegaciones de Tele Pizza, S.A.

10.- El Pleno del Tribunal deliberó y falló este expediente de recurso en su sesión del día 27 de octubre de 2004.

11.- Son interesados:

- Asociación de Franquiciados de Telepizza.
- Tele Pizza, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El asunto que se ventila aquí es si el Tribunal confirma o no el acuerdo de archivo del SDC en relación con la denuncia formulada por la Asociación de Franquiciados de Telepizza, contra el propio franquiciador, Tele Pizza, S.A., por considerar que ha vulnerado el artículo 6 LDC. Es decir, por un abuso de posición dominante consistente en la aplicación de precios no equitativos y condiciones desiguales a prestaciones equivalentes.

SEGUNDO. Hay que señalar en primer lugar que la recurrente estima que el Servicio ha vulnerado el artículo 37 LDC, en tanto que no ha dado audiencia a las partes antes de proceder al archivo de la denuncia. A su juicio esto ha ocasionado la indefensión de la recurrente. Es preciso recordar que no es en el artículo 37 LDC, sino en el artículo 36.3 LDC donde se establece que el Servicio podrá no iniciar el procedimiento y acordar el archivo de la denuncia o podrá iniciar una información reservada, a la vista de la cual proceder a archivar la denuncia, sin abrir expediente sancionador alguno. En estos casos, su única obligación es notificárselo al denunciante y no se contempla procedimentalmente la posibilidad de darle audiencia para que alegue. Además, el Tribunal tiene que estar de acuerdo con el propio Servicio cuando en su informe al recurso se refiere a la Resolución del Tribunal de 21 de febrero de 2002 (Expte r 494/01), en la que queda claro, como doctrina reiterada de este Tribunal, que el Servicio no tiene la obligación de realizar todas las indagaciones y buscar todas las pruebas que pida el denunciante; basta con la indagación de los elementos suficientes para fundar el acuerdo de archivar la denuncia o incoar expediente. Asimismo, recuerda el Tribunal que el Tribunal Constitucional (RTC 94/2001, entre otras) se ha pronunciado en el sentido de los límites de los derechos del recurrente que llegan al derecho “a una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas, que bien pueden ser el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones”.

TERCERO. Por otra parte, para que se pueda aplicar el art. 6 LDC, también en doctrina reiterada por el Tribunal, se requiere como primer paso que esté bien definido el mercado de referencia y, además, tiene que quedar establecida la posición de dominio en ese mismo mercado. A partir de aquí, lo que pudiera contravenir la Ley de Defensa de la Competencia es la existencia de indicios de abuso de esa posición de dominio. Como señala el Servicio en su Acuerdo y posteriormente en su informe al recurso, la recurrente no ha establecido el mercado de referencia y cuando lo ha hecho -en el recurso-, ha cometido el error de identificar el mercado de servicios de comida preparada a domicilio con el servicio de pizzas a domicilio, siendo el segundo solamente una parte del primero. Considera la recurrente un “dato definitivo” el que en el Informe Anual 2003 de Tele Pizza, S.A. se afirme que “*Tele Pizza es líder en el sector del servicio a domicilio de comida preparada en los países en los*

que opera [...] En el mercado principal, España, Tele Pizza tiene una cuota en el segmento de pizza del 61%". Por tanto, aunque esta información sea una aportación *a posteriori* que se añade en el recurso y que posteriormente se comentará, la recurrente está aceptando que el mercado es el del servicio de comida preparada a domicilio y que el de pizza es un "segmento". Con lo cual, la alegación de un 60% en el mercado de pizzas no es válido como variable de definición de un mercado más amplio. Incluso aceptando erróneamente y sin más este dato, esta sería una variable necesaria pero no suficiente para establecer la existencia de una posición de dominio. Por otro lado, el Tribunal quiere subrayar, más allá de cualquier consideración por parte del Servicio en sus actuaciones previas a la apertura de un expediente sancionador, que la definición de mercado relevante, tal y como exige la recurrente, corresponde a la autoridad de la competencia, entre otras cosas, porque lo que se ventila en estos procedimientos es la defensa del interés general y no la de los intereses particulares. Por lo tanto, el archivo no puede estar basado exclusivamente en la falta de definición del mercado relevante por parte de quien presenta la denuncia. Ahora bien, el archivo debe confirmarse por el error que comete la recurrente al identificar una posición de dominio en un mercado mucho más reducido de lo que ella reconoce implícitamente como mercado relevante a los efectos de lo que aquí ocupa. Señalar que Tele Pizza, S.A., tiene un 60% en el mercado de pizzas no constituye un indicio racional de que tenga posición de dominio en un mercado mucho más amplio como el de los servicios de comida preparada a domicilio.

CUARTO. Este Tribunal considera que cabe decir lo mismo que en el Fundamento Tercero cuando la recurrente interpreta el Reglamento comunitario 2790/1999. En este Reglamento se señala cómo aplicar el apartado 3 del artículo 81 Tratado CE de exención por categorías cuando se trata de acuerdos verticales y prácticas concertadas como serían los que se derivan de un contrato de franquicia. Efectivamente, el artículo 3 del citado Reglamento establece un límite del 30% en la cuota de mercado para poder aplicar la exención por categorías. Pero aquí vuelve a chocar la recurrente con el propio dato aportado acerca del mercado relevante sobre el que aplicar la cuota: un 60% de cuota en el segmento de pizzas sencillamente no implica *per se* más de un 30% en el mercado de servicios de comida preparada a domicilio.

QUINTO. A lo anterior hay que añadir que, en el caso de las franquicias, la aplicación de las normas de defensa de la competencia en los últimos años ha evolucionado de forma evidente en la Unión Europea y en España, como lo prueba el Reglamento 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999. Hoy se considera que lo más grave desde el punto de vista de las restricciones a la competencia es el acuerdo de orientación colusoria

intermarcas y no tanto las formas más o menos novedosas de distribuir y comercializar un producto, de unas características muy concretas y claramente diferenciadas en el mercado, que lleva consigo acuerdos verticales intramarca. Las razones de no enfatizar los efectos anticompetitivos de una restricción vertical intramarca tienen soporte en la idea de poder producir una importante reducción de costes de información, cuando se genera una alta uniformidad en el producto, propiciada precisamente por el acuerdo vertical intramarca. Además, se reconoce que hay una reducción en los costes operativos y en los costes de integración de mercados, derivados todos ellos de este tipo de acuerdo restrictivo. Todo lo cual puede resultar muy beneficioso para el consumidor final. En el caso de Tele Pizza se elige un sistema de comercialización a través de contratos de franquicia en los que el propio franquiciado está obligado a adquirir todos aquellos inputs necesarios para fabricar pizzas exactamente al modo de Tele Pizza, de acuerdo con el contrato tipo presentado tanto por la recurrente (folios 18 a 40 del expediente del Servicio) como por el propio franquiciador Tele Pizza (que consta en el expediente, del Tribunal, folios 82 a 96). A cambio, el franquiciado tiene una zona de distribución en exclusiva (cláusula tercera), es decir, una zona en la que no se puede vender el mismo producto por parte de otro franquiciado o por parte del franquiciador. Hay que entender que en la infracción del artículo 6 LDC no se trata tanto de reconocer la existencia de precios o condiciones desiguales, como que éstos coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, y esto no ocurre nunca en este tipo de franquicias, puesto que se reconoce una zona de distribución en exclusiva, es decir, sin competidores de esa misma marca. A lo que se añade que, según el contrato tipo presentado por el franquiciador en su cláusula séptima letra II (también en la cláusula séptima letra n en el contrato tipo folio 30 del expediente del Servicio, aunque no con el mismo literal), el franquiciado podrá “fijar libremente sus precios de venta tomando en consideración los precios recomendados en cada momento por el franquiciador”. Así, el franquiciado tiene una distribución territorial en exclusiva y libertad de fijación de precios finales al consumidor. Por lo tanto, en este caso concreto, el franquiciador permite al franquiciado un margen en su política de precios finales del producto distribuido y le evita cualquier competidor de producto idéntico. Siendo esto así, hay que considerarlo como un instrumento válido para trasladar al precio todos los costes en los que ha incurrido el franquiciado, de forma que le permita su supervivencia en el mercado. Y no puede ser de otra manera, dado que la supervivencia del franquiciado es la propia supervivencia del franquiciador y de su marca, en ese ámbito territorial de la distribución en exclusiva, determinado por el propio contrato de franquicia. En definitiva, las consideraciones acerca del precio de un input de compra obligatoria para la elaboración del producto franquiciado quedan neutralizadas por la política de libertad de precios finales y por la distribución territorial en exclusiva (que supone, de hecho, la ausencia de

competencia entre franquiciados o entre franquiciador y franquiciado) y, en todo caso, el interés económico general quedaría a cubierto al ir cosidas las estrategias de supervivencia en el mercado del franquiciado y del franquiciador.

SEXO. Una vez contestadas las alegaciones de la recurrente, el Tribunal considera de especial importancia el criterio del Servicio contenido en su informe, en el sentido de que la recurrente está incorporando la información del *Informe Anual de Tele Pizza* en el propio recurso y no antes. Por otra parte, está alegando en el recurso un hecho nuevo, derivando nueva acusación, esta vez por supuesta vulneración del artículo 1 LDC. Y así es reconocido por la propia recurrente en el folio 6 del expediente del Tribunal. Baste recordar, como hace el Servicio, la Resolución del Tribunal de 15 de noviembre de 1994 (r91/94), en la que se pone de manifiesto que “plantear en la alzada hechos nuevos que no han sido puestos en conocimiento del órgano cuyo Acuerdo se impugna, impide al Tribunal que conoce de dicho recurso pronunciarse sobre los mismos, sin que haya una previa decisión al respecto por el Servicio, pues de otro modo quedaría desnaturalizado el recurso previsto en el art. 47 LDC”. Lo mismo cabría decir de la infracción del artículo 6.1.b LDC, y en ello también hay que estar de acuerdo con el criterio del Servicio, puesto que en la denuncia original ante el Servicio la infracción del art. 6.1.b no se recogía.

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

HA RESUELTO

ÚNICO. Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación de Franquiciados de Telepizza contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia de 12 de julio de 2004.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer ante la Audiencia Nacional recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución.