

RESOLUCIÓN (Expte. r 412/00, Editores de Prensa)

Pleno

Excmos Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 28 de junio del año 2000.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D. José Juan Franch Menéu, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 412/00 (2065/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio), incoado para resolver el recurso interpuesto por la Asociación "Vendedores Asociados de Prensa VAP", (en adelante, Asociación), contra el Acuerdo del Servicio de fecha 25 de enero del año 2000 por el que se archivó la denuncia del recurrente contra Planeta De Agostini, Ediciones Orbis, S.A., RBA Coleccionables, S.A.y Ediciones Altaya, S.A. por prácticas presuntamente contrarias a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), y prohibidas, en concreto, en sus artículos 1, 6 y 7.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 27 de septiembre de 1999 tuvo entrada en el Servicio un escrito de denuncia de D. Luis Carlos Arias Criado del Rey, en su calidad de Presidente de la Asociación, contra Planeta de Agostini, S.A., Ediciones Orbis, S.A., RBA Coleccionables, S.A.y Ediciones Altaya, S.A. por supuestas conductas prohibidas por la LDC consistentes en acuerdos de precios y condiciones, abuso de posición de dominio conjunto y competencia desleal en que habrían incurrido las denunciadas al fijar unas condiciones muy similares en los precios y en los reclamos publicitarios utilizados en los encartes promocionales de coleccionables, que se remiten protegidos en plástico a los quioscos y librerías, asegurando todas las entregas sin incrementos de precio, permitiendo hacer mejores ofertas si se cumplimenta el cupón que adjuntan,

anunciando descuentos de hasta el 20% si se piden directamente a la editorial o incorporando el regalo de otra película de la colección o cualquier otro si el cliente se suscribe a la edición completa.

2. El 25 de enero del año 2000 el Servicio dicta Acuerdo de archivo de la denuncia, que suscribe el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia (Director General), en el que se analizan sucesivamente las siguientes cuestiones:

Tras explicar detalladamente la doctrina del Tribunal, rechaza la infracción del art. 1 en tanto en cuanto la similitud de las condiciones ofrecidas tiene su explicación en una reacción normal de las editoriales que, para promocionar la venta por suscripción de sus productos asegurándose así la venta de la colección completa, ofrecen una serie de ventajas según los usos habituales del mercado que, además, son conocidos por todas ellas sin necesidad de contactos previos ni de un intercambio de información, al ser los folletos de dominio público.

Respecto al artículo 6, incluso aceptando la dudosa posición de dominio de las editoras, argumenta que no hay abuso en cuanto que la posibilidad de suscripción a través de su inserción en los primeros números de la colección es una práctica habitual en el sector que, además, favorece la comercialización de estas publicaciones al aumentar los canales de distribución disponibles para el consumidor.

En cuanto al artículo 7, el Servicio, tras una explicación rigurosa, también llega a la conclusión de que no hay transgresión de la LDC debiendo acudir en su caso los interesados a la Jurisdicción Ordinaria puesto que los comportamientos denunciados no afectan de manera sensible al interés público de la libre competencia favoreciendo incluso las condiciones comerciales alternativas a la comercialización de publicaciones y fascículos coleccionables en kioscos.

3. El 7 de febrero del año 2000 tiene entrada en el Tribunal escrito de recurso de la denunciante contra el Acuerdo de archivo, en el que se pide que se instruya expediente por las prácticas denunciadas. En su escrito de recurso la denunciante contesta a las consideraciones del Servicio en los términos que seguidamente se resumen:

La recurrente se reitera, en el recurso ante el Tribunal, en los argumentos planteados en la denuncia, disiente respecto a que los indicios no estén plenamente acreditados, alega que la habitualidad de los usos del mercado en ningún caso produce su legitimidad, se insiste en el abuso de posición de dominio y considera que, en este caso, la competencia desleal sí que afecta al

interés público.

4. Con fecha 8 de febrero del año 2000 el Tribunal pone en conocimiento del Servicio el contenido del recurso y, conforme con lo dispuesto en el artículo 48.1 LDC, recaba su Informe y las actuaciones seguidas.
5. El día 11 de febrero del año 2000 el Director General efectúa la preceptiva remisión, indicando expresamente que el recurso ha sido interpuesto en plazo y señalando que las alegaciones del recurrente ya han sido debidamente contestadas por el Servicio, ya que aquél presentó una argumentación similar en la denuncia, y que no desvirtúan el Acuerdo de archivo, que debe mantenerse. No obstante, en contestación a las alegaciones del escrito de recurso, el Servicio realiza algunas precisiones que seguidamente se transcriben:

"1.- En cuanto a la no aplicación del artículo 1 de la LDC.

Tal y como se decía en el Acuerdo recurrido, no se dan en el presente caso los requisitos que la doctrina del Constitucional ha establecido para la aplicación de la prueba de presunciones, pero además la supuesta concertación entre las editoriales denunciadas podría explicarse como una reacción normal o previsible, en el mercado de los coleccionables, por la que los distintos operadores no harían más que adaptarse, de manera inteligente, al comportamiento previsto de sus competidores.

2.- En relación con el artículo 6 de la LDC.

Este Servicio entiende, tal y como se pone de manifiesto en el Acuerdo de Archivo, que se trata de una práctica que no puede considerarse como abusiva, si bien abre una nueva posibilidad o canal de distribución, que en nada se parece ni puede compararse con el ofrecido a través de los vendedores de prensa. La suscripción obliga a la compra de la totalidad de la colección y al desembolso, en la mayoría de las ocasiones, previo a la recepción del material.

3.- En relación con la infracción del artículo 7 de la LDC.

En el Acuerdo de Archivo no se reconoce, como dice el recurrente, la existencia de un acto desleal, lo que se dice es que en el caso de que se pudiera considerar como acto desleal la práctica denunciada, no se darían los otros requisitos (distorsión de los mecanismos del mercado y afectación sensible de la competencia) que se exigen para la aplicación del artículo 7 de la LDC.

En cuanto a que los puntos de venta no tienen libertad para fijar los precios de venta al público de acuerdo con sus posibles beneficios, olvida el recurrente que se trata de un sistema de venta en comisión en el que los kioscos no asumen ningún riesgo, siendo los invendidos devueltos a la editorial correspondiente."

6. El 2 de marzo del año 2000 el Tribunal, una vez recibido el Libro de Actas, la Orden de inscripción, el Acta fundacional y los Estatutos de la Asociación que acreditan poderes y representación, mediante Providencia designa Ponente y, conforme a lo dispuesto en el art. 48.3 LDC, acuerda poner de manifiesto el expediente a los interesados a fin de que formulen las alegaciones y presenten la documentación que estimen pertinente.

En el trámite de alegaciones la recurrente insiste en los argumentos de la denuncia y el recurso y comenta nuevos datos de la facturación de las denunciadas y se indica además que la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista prohíbe hacer descuentos de más de un 10% del precio fijado para otros canales.

Los denunciados, por su parte, alegan:

- 1º. Que no se da coincidencia en los textos de las promociones de venta por suscripción, ni en el fondo ni en la forma, por lo que puede concluirse que no se dan en este caso los requisitos que la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido para la aplicación de la prueba de presunciones y, por lo tanto, no hay acreditación de conducta prohibida por el art. 1.
- 2º. Que, respecto al art. 6, no es abuso la venta a través de suscripción sino que, por el contrario, es un canal más de venta que favorece la comercialización de las publicaciones y, en consecuencia, al consumidor.
- 3º. Que, respecto al art. 7, ni existe un comportamiento desleal en tanto en cuanto la venta en kioscos es un sistema de venta en comisión en el que los puntos de venta devuelven los ejemplares no vendidos a la editorial correspondiente, ni dicho comportamiento afecta al interés público y a la libre competencia ni distorsiona los mecanismos de mercado.
- 4º. Que las decisiones sobre política comercial se han adoptado de forma independiente y autónoma y que simplemente tratan de desarrollar un canal de distribución, por otra parte habitual, con el objetivo de intentar asegurar la compra de la totalidad de la colección.

7. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en su reunión plenaria del día 13 de junio del año 2000, deliberó y adoptó la presente Resolución, encargando su redacción al Vocal Ponente.
8. Son interesados:
 - Vendedores Asociados de Prensa VAP
 - Planeta De Agostini, S.A.
 - Ediciones Orbis, S.A.
 - RBA Coleccionables, S.A.
 - Ediciones Altaya, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Las conductas de las editoriales Planeta De Agostini, S.A., Ediciones Orbis, S.A., RBA Coleccionables, S.A. y Ediciones Altaya, S.A., denunciadas por la "Asociación Vendedores Asociados de Prensa VAP", consisten en que dichas editoriales, con supuesta posición de dominio conjunta en tanto en cuanto entre las cuatro tienen una cuota muy elevada en el segmento de edición de fascículos coleccionables, establecen unas condiciones muy similares en los encartes promocionales que se remiten protegidos en plástico a los quioscos y librerías. Dichas condiciones parecidas no sólo se refieren a precios sino también a los reclamos publicitarios utilizados, tales como mejores ofertas si se cumplimenta un cupón adjunto, asegurar todas las entregas sin incrementos de precios, anunciar descuentos de hasta el 20% si se piden los fascículos directamente a la editorial o incorporar otro regalo como, por ejemplo, el de otra película de la colección. Se denunciaron estas actuaciones como presuntamente prohibidas por los artículos 1, 6 y 7 de la LDC, el Servicio dictó el Acuerdo de Archivo, se recurrió por la denunciante ante el Tribunal y se trata ahora de estimar o desestimar dicho recurso.
2. Respecto a la acusación velada de transgresión del artículo 1 de la LDC, que prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia fijando precios u otras condiciones comerciales, el Servicio recuerda la doctrina del Tribunal en la Resolución 224/86, de 13 de julio de 1988, según la cual la práctica concertada es aquella conducta anticompetitiva que se deriva de una identidad de comportamientos que no se explican de modo natural por la propia estructura o las condiciones de competencia del mercado y que, por esta razón, induce a pensar en la existencia de acuerdos tácitos o formas de coordinación entre los operadores económicos que no pueden ser

expresamente probados.

En el caso que estamos ahora considerando las únicas pruebas o indicios de posibles acuerdos son el parecido sobre el fondo, pero no en la forma, de los mensajes publicitarios que se incorporan a los folletos de las ofertas de lanzamiento de los coleccionables de cada una de las editoriales. Algunos de esos mensajes son los siguientes: "Te asegurarás todas las entregas sin incremento de precio a lo largo de toda la colección", "la cumplimentación de este cupón nos permitirá hacerle mejores ofertas", "elige qué descuento prefieres... si pagas por anticipado toda la colección conseguirás un 20%, si pagas cuotas mensuales conseguirás un 10% de descuento", "tiene la seguridad de que el precio de venta no varía mientras dure la suscripción", "suscríbete. Recibirá la colección en su propio hogar y sin perderse ninguna entrega"... etc.

Al estudiar si esta similitud que se manifiesta en los indicios presentados podría ser consecuencia de la existencia de prácticas colusorias se debe tener en cuenta que tanto la lógica como el conocimiento mercantil, el sentido común y la experiencia nos dicen que cualquier empresa, a la hora de vender y promocionar una colección de fascículos que se entregan en fases sucesivas, buscando el mejor servicio y atención a los clientes últimos potenciales que repercutirá sobre su propio beneficio, tratará, con todos los medios lícitos publicitarios a su alcance, de asegurar, desde el principio, la venta de la totalidad de la colección.

Por lo tanto, la similitud en los indicios aportados en la denuncia respecto a las condiciones ofrecidas para la suscripción directa por el consumidor del conjunto total de la colección tiene una explicación general normal en el comportamiento lógico económico y empresarial que está implícito en la propia realidad del sistema comercial del coleccionable. Y ello tanto si el lanzamiento lo hiciera una sola empresa monopolística, unas pocas, o muchas. No hay necesidad de contactos previos ni de un intercambio de información. Los folletos, además, al ser de dominio público, son conocidos rápidamente por la competencia.

3. Respecto al posible abuso de posición de dominio conviene recordar que el art. 6 de la LDC no prohíbe la posición dominante, sino el abuso de la misma. Enumera, a título de ejemplo, una serie de supuestos de manera no exhaustiva, de tal forma que, además, desde una posición de dominio, todo acto desleal supone una conducta abusiva prohibida por dicho artículo. Se tienen que dar simultáneamente: posición dominante y abuso. En la Resolución, entre otras, de 20 de julio de 1998 (Expte. r 311/98), se explican con detalle estos conceptos:

"El término posición dominante alude a un concepto cuya existencia hay que determinar por referencia a unos operadores económicos y a un mercado concretos y se perfila en torno a dos ideas básicas: la de poder económico y la de independencia de comportamiento. Así, se dice de un operador económico que disfruta de una posición dominante en un mercado cuando en el mismo tiene poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración en todos sus efectos las posibles reacciones de sus competidores. El término abuso, referido a la posición dominante, que también se conoce en la doctrina como explotación abusiva, consiste en utilizar una posición dominante en el mercado para obtener ventajas que serían inasequibles en unas condiciones de mayor competencia."

En este caso ni siquiera está acreditada la situación de posición dominante por parte de ninguna de ellas en particular en tanto en cuanto no tienen independencia de comportamiento suficiente como para poder actuar sin tomar en consideración en todos sus efectos las posibles reacciones de sus competidores. Tampoco está acreditada la existencia de una posición colectiva aunque las cuotas de mercado de las denunciadas, en conjunto, sean muy elevadas ya que tampoco está acreditado que haya lazos de unión suficientes que les permitan a todas ellas actuar al unísono respecto a determinados elementos de competencia perdiendo todas su autonomía individual. No le resultaría difícil, además, a un nuevo entrante en dicho mercado acceder a la distribución de coleccionables puesto que con los avances técnicos de diseño y marketing se aumenta la contestabilidad de estos mercados.

En cualquier caso, tampoco se observa la existencia de abuso en estos comportamientos tal y como se ha explicado en parte en el Fundamento de Derecho anterior y porque no puede considerarse abuso, sino todo lo contrario, algo que favorece la comercialización de estas publicaciones al aumentar los canales de distribución disponibles para el consumidor que se ve beneficiado por unas mayores posibilidades y ofertas de acceso a los productos de su interés y preferencia. La legislación sobre competencia tiene como finalidad el mejor servicio a los consumidores y ayuda a ello el desarrollo en todos los ámbitos de los medios de producción, distribución, publicidad y ventas de diferentes sistemas que van ampliando las posibilidades de atención y acercamiento a los clientes y de elección de éstos. Con las nuevas tecnologías que se extienden por diferentes sectores, los consumidores pueden obtener lo más rápidamente posible cualquier cosa que prefieran, en cualquier momento y desde cualquier parte. Todos los operadores económicos necesitan adaptarse a estas innovaciones que dinamizan las economías acercando, por múltiples y variados sistemas, al fabricante y productor (también de ideas) con el cliente final. La libre competencia hace que los recursos se orienten hacia su utilización más productiva, aumenta la

eficiencia, propicia el desarrollo innovador y la creatividad y proporciona mayores posibilidades de elección y de realización personal. Los distintos quioscos, con su variedad y situación diversa, también desarrollan su autonomía de comportamiento explotando adecuadamente sus características diferenciales tales como la disponibilidad, la especialización, la cercanía al ciudadano, el mejor servicio o la atención personalizada. No se observa tampoco abuso por parte de las editoriales que, a su vez, compiten en contenidos con otros operadores y medios de difusión de información, ocio y formación.

4. Por último, para considerar existente una conducta prohibida tipificada en el artículo 7 de la LDC, tal y como acertadamente recuerda el Servicio en el Acuerdo recurrido, tienen que darse los siguientes requisitos:
 - a) La existencia de un comportamiento desleal con arreglo a la Ley 3/1991, de 10 de enero de 1991, de Competencia Desleal. (LCD)
 - b) Que dicho comportamiento afecte al interés público, esto es, a la libre competencia.
 - c) Que esta afectación sea importante o, lo que es lo mismo, tenga entidad suficiente como para causar una grave perturbación en los mecanismos que regulan el funcionamiento del mercado.

Teniendo en cuenta que la venta en quioscos es un sistema de venta en comisión en el que los puntos de venta devuelven los ejemplares no vendidos a la editorial correspondiente, así como los argumentos expuestos en el Fundamento de Derecho número 3 explicando la no existencia de abuso desde el punto de vista de la LDC, entiende el Tribunal que no se cumple el requisito a).

Por otra parte, aunque se considerara como acto desleal la utilización de los quioscos para promocionar la venta del coleccionable mediante suscripción con un descuento superior al máximo autorizado, este comportamiento no afecta de manera sensible al interés público ni tiene entidad suficiente como para causar una grave perturbación en los mecanismos que regulan el funcionamiento del mercado por todo lo anteriormente indicado. En realidad beneficia a los consumidores. Ello no es óbice para que, si el recurrente se considera asistido por la Ley, plantee esta cuestión ante la jurisdicción ordinaria, tal y como establece la LCD en sus artículos 22, 23 y 24.

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

RESUELVE

Único: Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación "Vendedores Asociados de Prensa VAP" contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 25 de enero del año 2000, por el que se archivó la denuncia presentada contra Planeta De Agostini, S.A., Ediciones Orbis, S.A., RBA Coleccionables, S.A.y Ediciones Altaya, SA., por presuntas prácticas prohibidas por los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

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