

## **RESOLUCIÓN (Expte. r 354/99 Videoclub)**

### **Pleno**

Excmos. Sres..

Petitbò Juan, Presidente

Hernández Delgado, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Huerta Trolèz, Vocal

Franch Meneu, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 8 de junio de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D. José Juan Franch Meneu, ha dictado la presente Resolución en el expediente r 354/99 (1925/98 del Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio, SDC), iniciado como consecuencia del recurso presentado por la Federación Asturiana de Asociaciones de Videoclubs (F.E.A.V.) contra el Acuerdo de 28 de diciembre de 1998, del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, por el que se archivó su denuncia contra la distribuidora Twentieth Century Fox Home Entertainment España, S.A. (Fox Video) y sus representantes legales por supuesta infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE del 18), de Defensa de la Competencia (LDC) y competencia desleal contraria al art. 7 de la misma Ley.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El día 21 de diciembre de 1998 tiene entrada en la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia un escrito de denuncia dirigido al SDC en el que D. Alfredo García Iglesias, Presidente de la F.E.A.V. denuncia a la distribuidora Fox Video y a sus representantes legales por supuesta competencia desleal e infracción de los artículos 1 y 7 de la LDC, consistente, según el denunciante, en haber vendido la película "Titanic" a las grandes superficies en mejores condiciones que a los videoclubs, y en incluir en todas las copias de la película "Anastasia" distribuidas a los videoclubs un folleto propagandístico en el que se incita a rellenar el cupón incorporado y llevarlo al *stand* de telefonía móvil de "El Corte Inglés" para participar en un sorteo de muñecas. Se aporta una fotocopia de factura, un folleto y una copia precintada de la película "Anastasia" y un catálogo de precios de una gran superficie.

2. El 28 de diciembre de 1998 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acuerda el archivo de las actuaciones señalando que no procede la aplicación del artículo 1 de la LDC en tanto en cuanto se requiere un acuerdo de voluntades inexistente en este caso y que al supuesto acto de competencia desleal sólo le sería de aplicación lo previsto en el artículo 7 de la LDC cuando se dieran a la vez determinadas condiciones que no se dan en este caso.

El mencionado folleto incluido en la película "Anastasia", además, no incita a comprar únicamente en El Corte Inglés y sólo es accesible con la compra de dicha película. Dicha compra podrá hacerse en cualquier establecimiento destinado a su venta, incluidos los videoclubes, por lo que no se impide la competencia de éstos. Por otro lado señala también que, en cuanto a los diferentes precios de la película "Titanic", *"el interés público no puede residir (...) en que los consumidores finales puedan todos ellos adquirir los productos a los mismos precios, pues el precio de venta al público dependerá de muchos factores tales como el precio de adquisición, los gastos de estructura, el beneficio que quiera obtener el comerciante, etc., y de la confluencia de todos estos factores difícilmente puede obtenerse un precio uniforme."* (Resol. TDC 31-03-97). Por ello, en el presente caso no resulta de aplicación tampoco el artículo 7 de la LDC.

3. La F.E.A.V., mediante escrito que tiene entrada en el TDC el día 20 de enero de 1999, recurre el Acuerdo de archivo del Servicio alegando, ampliándolos, parecidos argumentos a los contenidos en el escrito de denuncia. Entiende que la denunciada incurre en un comportamiento sancionable por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, así como en un falseamiento de la libre competencia que sería punible según el art. 7 de la LDC. Alega, además, un abuso de posición dominante sancionable por el artículo 6 de la LDC al imponer la denunciada una promoción de un competidor a sus propios clientes. Esta última alegación no se encontraba planteada en su anterior escrito de denuncia.
4. El 21 de enero de 1999 se pide al Servicio que remita el informe sobre el citado recuso así como las actuaciones seguidas, y, al día siguiente, se contesta dicho escrito enviando el informe y el expediente al Tribunal. Se reitera lo ya indicado en el Acuerdo de archivo y se indica además que el recurrente alega ahora una supuesta vulneración del artículo 6 de la LDC por la denunciada, que no procede ahora su consideración, conforme a lo dispuesto en el artículo 112.1 b) de la Ley 30/1992 de 6 de noviembre.

5. Al no tener D. Alfredo García Iglesias acreditada su representación en el expediente, y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 32.3 de la Ley 30/1993, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se le pide, en escrito de 25 de enero de 1999, dicha acreditación, la cual es presentada en tiempo y forma ante este Tribunal.
6. El 22 de febrero de 1999 se dicta Providencia para, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.3 de la LDC, poner de manifiesto el expediente a la interesada F.E.A.V. a fin de que formule las alegaciones y presente los documentos y justificaciones que estime pertinentes.

Con fecha 7 de marzo de 1999 se envía al TDC un nuevo escrito de alegaciones reiterando lo denunciado anteriormente y resaltando que la relevancia del hecho es muy importante dado que dicha Federación estima en 500.000 el número de unidades vendidas del título "Anastasia" en todo el territorio nacional. También se aporta la fotocopia de una factura de un videoclub gallego y se proponen diversas pruebas para que sean solicitadas por el Tribunal.

7. El Pleno del Tribunal, en su sesión del día 13 de mayo de 1999, deliberó y falló sobre este expediente.
8. Se considera interesada la Federación Española de Asociaciones de Videoclubs.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. Es este un expediente por el que la F.E.A.V. interpone recurso contra el Acuerdo del Servicio por el que se archivan las actuaciones seguidas a partir de una denuncia de aquélla contra la distribuidora Fox Video. En la denuncia reputaba determinadas conductas, reseñadas en los Antecedentes de Hecho, como contrarias a la legislación de defensa de la competencia, en concreto a los artículos 1 y 7. En el recurso y en las alegaciones ante el Tribunal se reiteran los argumentos de la denuncia original y se amplía la acusación al art. 6.2 a), d) y e) al indicar que la compañía denunciada ejerce una posición dominante en el sector de las videopelículas de la que ha abusado al imponer a los videoclubs asociados unas condiciones comerciales no equitativas, puesto que sin que tengan conocimiento y sin que guarden relación con los contratos que convienen con la distribuidora denunciada, se les está imponiendo la promoción de un competidor con sus propios clientes.

2. El art. 36.2 de la LDC establece que, ante una denuncia, el Servicio podrá acordar la instrucción de una información reservada con anterioridad a decidir la incoación de expediente o, en su caso, el archivo de las actuaciones. Esto quiere decir que si el Servicio considera que los hechos denunciados aparentan infringir la LDC, está facultado, antes de incoar expediente, para practicar una investigación preliminar, sumaria, inquisitiva y no contradictoria, con el fin de valorar motivadamente si hay indicios racionales de conductas prohibidas y, en su caso, incoar el oportuno expediente. Es decir, se trata de confirmar, siquiera sea indiciariamente, la comisión de las conductas denunciadas presuntamente prohibidas, con carácter previo a la incoación del expediente.

Esto es exactamente lo que ha hecho el Servicio en el presente caso. El Servicio no ha podido confirmar, ni siquiera por indicios, que la denuncia de las supuestas conductas prohibidas por los arts. 1 y 7 de la LDC tenga fundamento, por lo que ha archivado la denuncia. El Tribunal considera que esta actuación del Servicio ha sido correcta, como se expondrá en detalle seguidamente.

3. Pero antes de entrar a examinar el fondo del asunto existe una cuestión previa a resolver, la práctica de determinadas pruebas solicitadas por la recurrente. A este respecto el Tribunal ha mantenido el criterio de que en los expedientes de recurso no existe un verdadero proceso probatorio, tal y como está regulado por la LDC en sus artículos 40 y 41 previstos en las disposiciones relativas a la fase de resolución por este Tribunal de los expedientes sancionadores o de autorización previamente instruidos por el Servicio. Este hecho está en concordancia con el carácter sumario del procedimiento para la tramitación de los recursos. Sólo excepcionalmente se ha admitido la práctica de prueba por el Tribunal cuando la información obrante en el expediente no le permite disponer de los elementos necesarios para fundar su decisión y éstos no pueden ser aportados por las partes. En el presente caso, el Tribunal considera que en el expediente hay suficientes elementos para dictar Resolución por lo que no estima necesaria la práctica de las pruebas solicitadas.
4. El artículo 1 de la LDC 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 en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan, entre otros, en la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio, así como la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

Como es sabido, porque es doctrina reiterada por el Tribunal, para que exista una práctica colusoria restrictiva de la competencia se precisa ante todo el concurso de voluntades de personas distintas y dotadas de libertad económica para decidir. En el caso que nos ocupa no cabe hablar del acuerdo de voluntades entre dos partes que debe concurrir necesariamente para que exista infracción del art. 1, puesto que se trataría de una decisión de una empresa (Fox Video) tomada de forma unilateral y con autonomía e independencia de comportamiento. Fox Vídeo no ha concertado con El Corte Inglés precios u otras condiciones comerciales con carácter colusorio para desvirtuar la competencia.

Esos acuerdos y comportamientos colusorios, consistentes en concertar las voluntades de dos o más operadores económicos con afectación negativa de la competencia no se refieren en absoluto, como parece desprenderse en algún aspecto de la denuncia, a los millones de acuerdos y concertación de voluntades que se producen diariamente a los diferentes precios en las operaciones de compraventa entre operadores independientes y autónomos. En la fijación de esos precios libres y, por lo tanto, variables, que igualan ofertas y demandas, e imprescindibles para el cálculo económico, y donde siempre se producen procesos de suma positiva en los que todos los participantes salen ganando mejorando voluntariamente su situación anterior, confluyen múltiples circunstancias y factores, algunos objetivos, pero siempre interpretados subjetivamente, a saber: los precios y cantidades de otros bienes más o menos sustitutivos o complementarios del considerado, los costes de producción, la eficiencia en la organización y comercialización, la valoración de su necesidad, los fines y objetivos de compradores y vendedores, la mayor o menor adicción fruto de la publicidad, el poder de negociación, etc. Ello explica que existan precios diferentes para un mismo producto o servicio según las circunstancias y que respecto a los diferentes precios de las películas de vídeo se pueda aplicar también la Resolución del Tribunal de fecha 31-3-97 en la que se dice que *"el interés público no puede residir (...) en que los consumidores finales puedan todos ellos adquirir los productos a los mismos precios, pues el precio de venta al público dependerá de muchos factores tales como el precio de adquisición, los gastos de estructura, el beneficio que quiera obtener el comerciante, etc. y de la confluencia de todos estos factores difícilmente puede obtenerse un precio uniforme"*, tal y como acertadamente cita el Servicio.

5. Respecto a otra acusación alegada en el recurso ante el Tribunal, efectivamente, el art. 6 LDC combate el abuso de posición dominante, prohibiendo la explotación abusiva por uno o varios operadores económicos de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. La Resolución del expte. r 311/98 del Tribunal aclara el sentido de la posición de

dominio: *"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."* Estas características difícilmente se corresponden con el perfil del caso denunciado y resultaría, en consecuencia, improcedente imputar la comisión de esta práctica prohibida, pero, además, la supuesta vulneración del artículo 6 de la LDC no fue planteado en el escrito de denuncia inicial por lo que no procede ahora su consideración, conforme a lo dispuesto en el artículo 112.1 b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre que dice: *"No se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo hayan hecho"*.

6. Respecto al falseamiento de la libre competencia por actos desleales, el artículo 7 de la LDC establece que *"El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público."*

El sentido de esta prescripción es que las prácticas de competencia desleal, que son objeto de una legislación específica (Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal) y se enjuician directamente por la jurisdicción ordinaria, pueden resolverse en la sede del Tribunal de Defensa de la Competencia cuando el interés público se vea concernido por producirse un falseamiento sensible de la libre competencia. Es decir, que el Tribunal puede aplicar el art. 7 de la LDC si en los comportamientos denunciados concurren las siguientes circunstancias: a) competencia desleal de acuerdo con la Ley 3/1991; b) afectación del interés público por dicho comportamiento y c) relevancia de la afectación al interés público expresada en una alteración significativa de los mecanismos que regulan el funcionamiento del mercado. En el presente caso, donde se denuncia haber vendido la película "Titanic" a las grandes superficies en mejores condiciones que a los videoclubs, y en incluir en el interior de todas las copias de la película "Anastasia", distribuidas a éstos, un folleto propagandístico en el que se incita a rellenar el cupón incorporado y

llevarlo al *stand* de telefonía móvil de El Corte Inglés para participar en un sorteo de muñecas, el Tribunal considera que, aunque hipotéticamente se cumpliera el supuesto a), sobre el que el Tribunal no se manifiesta, no se cumplen las condiciones b) y c), por lo que no puede resolverse en esta sede si hay práctica desleal en la conducta de Fox Video sin perjuicio de que si el denunciante considera que puede demostrar la existencia de actos desleales deba acudir a los Tribunales ordinarios en defensa de sus pretensiones.

7. Una consideración final de carácter general al hilo de lo que se resuelve en este caso: el no considerar punibles por la Ley las conductas y los actos desleales que no falsean de manera sensible la libre competencia y el justo precio de mercado, no sólo está contenido en la letra de la LDC y, por lo tanto, en la doctrina reiterada por este Tribunal, sino que está además en sintonía multiseccular con la tradición en justicia respecto a cuestiones mercantiles. Así por ejemplo, Tomás de Mercado, en su clásica *Suma de Tratos y Contratos*, publicada en su primera edición en Salamanca el año 1569, decía en el capítulo que trata "del vender y comprar de contado" entre otras muchas consideraciones, que "no quisieron los emperadores, y tuvieron razón, que se pleitease por cualquier injusticia y agravio, ni se propusiese queja ante sus jueces. Sino cuando fuese el agravio más de la mitad de justo precio (...). Porque los jueces terrenos no se entremeten en daños tan menudos (...). De manera que siendo el exceso, o falta menor será el contrato ilícito, en ley natural y divina, pero a la civil, aunque le parece mal y querría que siempre se diese cada cosa por lo que vale, no quiso que se tratase de su injusticia en los estrados".

No quiere con ello el Tribunal sentar la doctrina del porcentaje exacto de variación del justo precio para medir el acto punible, lo cual dependerá de las múltiples circunstancias que confluyen en cada caso particular, pero sí la consideración de la irrelevancia a efectos de transgresión de la LDC, en cuanto a los daños menudos o de escasa importancia y la de la recomendación de no pleitear por cualquier injusticia o agravio. Este último es el sentido también del apartado 3 del artículo 1 de la LDC según la corrección establecida por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, y el RDL 7/1996, de 7 de junio (BOE de 8 de junio de 1996), cuya clara finalidad es la de evitar que se sobrecargase a los órganos de defensa de la competencia de expedientes de escaso significado económico, tal y como se explica también en la reciente Resolución de 4 de mayo de 1999 del Tribunal.

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

## **HA RESUELTO**

Desestimar el recurso presentado por la Federación Asturiana de Asociaciones de Videoclubs contra el Acuerdo, de 28 de diciembre de 1998, del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, por el que se archivó su denuncia contra la Distribuidora Twentieth Century Fox Home Entertainment España, S.A. y sus representantes legales.

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