

## **RESOLUCIÓN (Expte. R 313/98,Wilkinson/Gillette)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.  
Petitbò Juan, Presidente  
Berenguer Fuster, Vicepresidente  
Bermejo Zofío, Vocal  
Alonso Soto, Vocal  
Hernández Delgado, Vocal  
Castañeda Boniche, Vocal  
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid a de 29 enero de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores expresados al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. ALONSO SOTO, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 313/98 (nº 1678/97 del Servicio de Defensa de la Competencia) de recurso interpuesto por la empresa WILKINSON SWORD, S.A.E. contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 14 de abril de 1998 por el que se sobresee el expediente iniciado como consecuencia de la denuncia presentada por la empresa recurrente contra la empresa GILLETTE ESPAÑOLA, S.A. por prácticas restrictivas de la competencia de abuso de posición dominante y falseamiento de la competencia por actos desleales, consistentes en la realización de una campaña promocional de regalo masivo de maquinillas de afeitar.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. La empresa Wilkinson Sword, S.A.E. (en lo sucesivo Wilkinson), perteneciente al grupo multinacional Warner-Lambert, denunció el 19 de agosto de 1997 a la empresa Gillette Española, S.A. (en lo sucesivo Gillette), también filial de un grupo multinacional, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en la realización por esta última empresa de una masiva campaña de promoción consistente en regalar a potenciales usuarios una maquinilla de afeitar "Sensor" y un cabezal "Sensor Excel", que son productos que pueden encuadrarse dentro de la gama alta del segmento del mercado denominado afeitado húmedo.

La campaña consistía en introducir en los buzones de correo de las viviendas unos cupones que, debidamente cumplimentados, permitían recibir posteriormente el obsequio, enviar unos folletos con una pegatina que, adherida al correspondiente buzón, producía los mismos efectos que la anterior o hacer publicidad de un número telefónico de llamada gratuita al que podían dirigirse los consumidores para recibir la muestra (esta última

modalidad se utilizó fundamentalmente en Madrid).

La campaña se inició con carácter experimental en dos provincias andaluzas y, a la vista del éxito obtenido, se fue realizando sucesivamente en el resto de las provincias españolas.

A juicio de la denunciante la citada campaña ocultaba una estrategia predatoria y resultaba contraria a los artículos 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, 17 de la Ley de Competencia Desleal y 14 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

2. Con fecha 13 de octubre de 1997 el Servicio de Defensa de la Competencia, tras la realización de unas diligencias reservadas que incluyeron una investigación domiciliaria en la sede de Gillette, acordó la incoación del correspondiente expediente sancionador contra la citada empresa.
3. En el citado expediente obran los siguientes datos aportados por las partes u obtenidos como resultado de la labor de investigación realizada por el Servicio de Defensa de la Competencia, los cuales son de especial interés para la resolución del mismo:

### **3.1.- Delimitación del mercado relevante:**

Se considera como mercado relevante de producto el integrado por los artículos para el afeitado húmedo con cuchilla que, a los efectos de este expediente, son fundamentalmente las hojas y las maquinillas de afeitar. Tanto los productos para el afeitado en seco como los artículos de depilación forman parte de otros mercados (En este sentido se expresó también la Comisión Europea en su Decisión de 10 de noviembre de 1992, As. Warner-Lambert/Gillette/BIC).

Desde el punto de vista geográfico el mercado relevante es España por haberse realizado la campaña objeto de la denuncia en dicho mercado.

Dentro del citado mercado relevante de producto, que representa el 70,4 % del mercado del afeitado en general, se pueden distinguir tres segmentos:

- “doble filo” (con un porcentaje del 4,9 %).
- “desechables” (con un porcentaje del 55,2 %).
- “sistemas” (con un porcentaje del 28 %).

### **3.2.- Estructura del mercado.**

Los aspectos más destacables de este mercado, según los datos suministrados por la empresa NIELSEN, S.A., son los siguientes:

## I.- Porcentajes de ventas (en volumen) por segmentos:

	<u>1996</u>	<u>1997</u>
<b>A) Doble filo:</b>		
Total de unidades:	15.099.000	14.103.000
Gillette	74,4 %	68,2 %
Warner-Lambert	7,5	8,8
BIC	8,3	11,2
Otros	9,8	11,7
<b>B) Desechables:</b>		
Total de unidades:	163.403.000.000	158.445.000.000
Gillette	56,1 %	54,9 %
Warner-Lambert	7,7	8,2
BIC	10,2	9,9
Marcas Blancas	26,0	27,1
<b>C) Sistemas:</b>		
Total de unidades:	67.768.000.000	67.230.000.000
Gillette	79,0 %	77,3 %
Warner-Lambert	12,3	13,3
Otros	8,7	9,4

En este último segmento, en la época a que se refiere el expediente, competían los productos "Sensor" y "Sensor Excel" de Gillette con "FX Performer" y "Protector" de Wilkinson.

## II.- Porcentajes de ventas de cuchillas y mangos:

	<u>1996</u>	<u>1997</u>
<b>A) Cuchillas:</b>		
Total de unidades:	246.270.000	239.860.000
- Doble filo:	15.099.000	14.203.000
- Desechables:	163.403.000	158.445.000
- Sistemas:	67.768.000	67.212.000

Cuotas de mercado:

Gillette	63,5 %	61,9 %
Warner-Lambert	9,0	9,8
BIC	7,3	7,2
Marcas Blancas	14,6	15,3
Otros	5,5	5,8

## B) Mangos:

Total de unidades: 1.841.000

Cuotas de mercado:

Gillette	62,7 %
Warner-Lambert	30,6
Otros	6,

### 3.3- La campaña "Drop & Stick" de Gillette en España.

La campaña promocional de Gillette se preparó en 1995 y se puso en marcha escalonadamente en junio de 1996. Como ya se ha indicado, la campaña consistía en la entrega de una muestra gratuita constituida por un mango "Sensor" y un cabezal "Sensor Excel" (el más alto de la gama). Su objetivo, según consta en la documentación intervenida a Gillette, era fundamentalmente recuperar cuota de mercado en el segmento de "sistemas" y potenciar este segmento frente al de "desechables".

La duración de la campaña propiamente dicha fue de nueve meses (entre junio de 1996 y marzo de 1997), aunque previamente (entre los meses de septiembre de 1995 y julio de 1996) y con carácter experimental a modo de "test", se realizó una campaña similar en dos provincias andaluzas. La campaña, sin embargo, no se desarrolló de forma simultánea y durante todo el período indicado sino sucesivamente por provincias o regiones.

Los resultados previstos de la campaña, según el estudio realizado por la empresa Millward Brown por encargo de Gillette, el cual tomaba como base los datos obtenidos en la fase experimental eran que, en la hipótesis más favorable, 616.178 usuarios se cambiarían al "sistema SENSOR", de los cuales 363.545 procederían de otros segmentos de la marca Gillette, 207.159 procederían de productos de otras marcas y solamente 45.474 se pasarían de Wilkinson a Gillette. En términos globales y según las diversas hipótesis de trabajo, Wilkinson perdería entre un 3 y un 5,9 % de sus clientes de afeitado húmedo mientras que Gillette ganaría entre un 2,8 y un 5,7 % de los clientes de dicho mercado, la mayoría de ellos procedente del segmento de

“desechables” (vid. folios 388 y ss.).

El número de unidades regaladas fue de 1.423.863, similar al de las promociones realizadas en el año 1995 en Francia (2 millones) y en el Reino Unido (1 millón); en el año 1996 en Francia (en torno a 1 millón), en Italia (en torno a 1 millón) y en el Reino Unido (más de 1 millón); y en el año 1997 en el reino Unido (también más de 1 millón).

El coste de la campaña fue de unos 170 millones de pesetas, lo que representa entre un 15 y un 20 % de su gasto anual en publicidad. El valor del “pack” de promoción se situaba en torno a las 300 ptas.

#### **3.4.- Los resultados de la campaña.**

Los resultados de la campaña difieren según la fuente. Los datos de NIELSEN, S.A. confirman que, pese a la promoción masiva, el mercado de mangos, en lugar de saturarse, creció el 4,48 %; y que Wilkinson redujo su cuota en 5,36 puntos mientras que Gillette la incrementó en 3,3 puntos (Por segmentos resulta: En doble filo, Wilkinson perdió 2,27 puntos mientras que Gillette perdió 2,34 puntos. En desechables, Wilkinson perdió 3,78 puntos mientras que Gillette perdió 2,13. Y, en sistemas, Wilkinson perdió 5,25 puntos y Gillette ganó 3,87). Por su parte, el mercado de cuchillas experimentó también un crecimiento del 2,34%. En este mercado la cuota de Wilkinson aumentó 1,05 puntos y la de Gillette disminuyó en 0,74 puntos (Por segmentos resulta: En doble filo, Wilkinson ganó 1,52 puntos mientras que Gillette perdió 0,74 puntos. En desechables, Wilkinson ganó 1,12 puntos mientras que Gillette ganó 0,78. Y, en sistemas, Wilkinson perdió 0,17 puntos y Gillette ganó 0,17).

4. A la vista de lo anterior, el Servicio de Defensa de la Competencia analizó, en el curso del expediente, las siguientes infracciones derivadas de la citada campaña: a) La existencia de precios predatorios. b) La infracción de la Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). Y c) La infracción de la Ley 5/1992 (LORTAD).
5. Tras la oportuna instrucción, el Servicio de Defensa de la Competencia acordó finalmente el 14 de abril de 1998 el sobreseimiento del expediente por las razones que sintéticamente se exponen a continuación:
  - No existe comportamiento predatorio por parte de Gillette en su campaña "Drop & Stick" pues ni su finalidad ni sus efectos fueron eliminar o reducir sustancialmente la participación de Wilkinson en el mercado.
  - No ha habido venta a pérdida, sino una campaña de promoción de un producto.
  - No se ha acreditado la violación de la Ley 5/1992 (LORTAD).
  - Aunque parece haberse infringido la normativa del IVA, dicha

infracción no tiene entidad suficiente para distorsionar las condiciones de competencia en el mercado.

6. Con fecha 27 de abril de 1998 Wilkinson presentó recurso contra el citado Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 14 de abril de 1998.

El recurso se fundamentaba en los siguientes motivos:

- a) Error en el análisis del mercado de producto puesto que el Servicio de Defensa de la Competencia no ha tomado en consideración, en primer lugar, que en términos de valor las cuchillas representan el 93,6% del mercado; por lo tanto, si tenemos presente que los mangos duran dos años y que, por una parte, éstos no resultan intercambiables con las cuchillas y, por otra, que hay una gran fidelidad a la marca, resulta que la campaña de Gillette es claramente depredatoria.

Además, tampoco se ha tenido en cuenta que la evolución de las ventas de la maquinilla "FX Performer" de Wilkinson fue espectacular hasta la campaña "Drop & Stick".

- b) La intencionalidad depredatoria de Gillette no resulta desvirtuada por los documentos y estudios internos. Tampoco puede afirmarse que la práctica no es significativa porque la actuación del operador que detenta el 80% del mercado afecta significativamente a los demás.
- c) No se han atendido las denuncias sobre las prácticas de negativa de suministro a las grandes superficies si vendían cuchillas de "marca blanca" (con licencia de fabricación de Gillette) adaptables a maquinillas "Sensor".
- d) No se ha considerado la posible infracción del art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, cuando claramente se trata de una práctica exclusionaria.
- e) Además, la conducta de Gillette constituye un comportamiento desleal por infracción de normas (art. 15 de la Ley de Competencia Desleal), puesto que se vendió a pérdida y no se liquidó el IVA de la operación.

Por otra parte, denuncia la existencia de indefensión por denegación de pruebas en la fase de instrucción y por extensión indebida de la confidencialidad.

Finalmente en el "petitum" del recurso solicita al Tribunal que, tras revocar el acuerdo recurrido, resuelva sobre el fondo del asunto tras la sustanciación del correspondiente procedimiento sin devolver el expediente al Servicio de

Defensa de la Competencia, en aplicación de la doctrina establecida en la Resolución de 30 de diciembre de 1991.

7. Recibido el recurso, con fecha 29 de abril de 1998 se requirió del Servicio de Defensa de la Competencia la remisión del expediente con su informe.

El Servicio cumplimentó el requerimiento del Tribunal el 5 de mayo de 1998. En su Informe expresaba: a) Que el recurso se había interpuesto en plazo. b) Que se había realizado una investigación domiciliaria en la sede de Gillette, antes incluso de la apertura del expediente, en la que se había obtenido información sobre los objetivos de la campaña que resulta fundamental para valorar la intencionalidad de la conducta denunciada. c) Que el análisis posterior a la campaña demostraba que los efectos no fueron significativos. d) Que no hubo violación del art. 7 de la LDC. Y e) Que el denunciante no ha presentado pruebas, ni tan siquiera indiciarias, sobre las conductas que atribuye a las grandes superficies comerciales.

8. El Tribunal, por Providencia de 6 de mayo de 1998, puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan alegaciones.
9. En dicho trámite de alegaciones compareció únicamente Gillette que realiza una defensa de las prácticas de "sampling" como prácticas no prohibidas por las leyes de Ordenación del Comercio Minorista y Competencia Desleal. En este sentido considera, por una parte, que la entrega de muestras gratuitas es un instrumento habitual de promoción en este mercado, tanto en España como en el extranjero, que ha sido también utilizado por Wilkinson en diversas ocasiones y, por otra, que, dada la naturaleza del producto, la prueba tiene que hacerse mediante la entrega de una muestra gratuita que contenga tanto un cabezal como su correspondiente mango si lo que se busca es que el consumidor pruebe realmente el producto. Finalmente, alega que la campaña ha beneficiado también a Wilkinson que ha visto aumentar sus ventas.
10. El Pleno del Tribunal deliberó y falló sobre el presente recurso en sus sesiones de los días 29 de septiembre de 1998, 6 y 27 de octubre de 1998.
11. Con fecha 5 de diciembre de 1998 el representante de la empresa Wilkinson presentó un escrito en el que se decía que, con posterioridad a la fecha de la interposición del recurso, había tenido acceso a diversa documentación relevante para la resolución del mismo.

La citada documentación, que se adjuntaba al escrito, consistía en una copia de la Memoria Anual de Gillette del ejercicio de 1995 y una fotocopia de un estudio de la serie "U.S. Research" elaborado por la firma Goldman Sachs titulado "The Gillette Company".

El Tribunal resolvió sobre el tratamiento que debería otorgarse a este escrito



en su sesión del día 17 de diciembre de 1998.

12. Son interesados:

- Wilkinson Sword, S.A.E.
- Gillette Española, S.A.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. La primera cuestión a resolver en este expediente de recurso se refiere a las alegaciones presentadas por la recurrente en torno a la existencia de indefensión por denegación de la práctica de determinadas pruebas en la fase de instrucción y por extensión indebida de la confidencialidad.

1.1. Con respecto a las pruebas hay que señalar que la Ley 30/1992, que regula el procedimiento administrativo común y que resulta aplicable con carácter supletorio al procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia (Disposición Adicional Séptima de la Ley 66/1997), establece que el instructor *sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias*, (Art 80.3) dejando, por tanto, a aquél un amplio margen de discrecionalidad para decidir sobre su práctica y exigiéndole únicamente que motive su decisión.

En este caso, teniendo en cuenta que en el expediente hay abundante y suficiente material probatorio y que resulta cuando menos discutible que las pruebas propuestas resulten imprescindibles para un correcto enjuiciamiento de los hechos denunciados, el Tribunal considera que la resolución del Instructor resulta adecuada.

1.2. Por lo que se refiere al tema de la confidencialidad, el Tribunal reitera su doctrina de que debe dársele la mayor amplitud a la misma en la fase de instrucción para preservar los secretos comerciales de los afectados y evitar que los denunciados puedan acceder por esta vía al conocimiento de información estratégica de la empresa denunciada y que, por consiguiente, sólo procede el levantamiento de la confidencialidad cuando los datos y documentos que se han mantenido secretos resulten relevantes como pruebas de cargo para formular una acusación o como elementos cruciales para proceder a la exculpación de los acusados (Vid las Resoluciones del TDC de 16 de enero de 1997 y 10 de julio de 1997).

A juicio del Tribunal, estas reglas han sido cuidadosamente respetadas en el presente caso, por lo que no resulta procedente tomar en consideración la alegación de la empresa recurrente.



2. La empresa Wilkinson ha aducido también que el Servicio de Defensa de la Competencia no ha atendido la denuncia sobre las amenazas de Gillette de suspender el suministro a aquellas grandes superficies comerciales que vendieran cuchillas de "marca blanca" adaptables a maquinillas de afeitar "Sensor". Pero lo cierto es que la recurrente no ha presentado ninguna prueba, ni tan siquiera indiciaria, de estas prácticas que, por otra parte, no son reconocidas por sus presuntos destinatarios.

Ello no obstante, dado que el Acuerdo de sobreseimiento del Servicio de Defensa de la Competencia no se pronuncia definitivamente sobre esta cuestión, ha de entenderse que la denuncia queda imprejuzgada.

3. El Servicio de Defensa de la Competencia ha analizado también si la campaña promocional de Gillette podría ser considerada como una práctica de falseamiento de la libre competencia por actos desleales (Art. 7 LDC) al haber infringido aparentemente la Ley 3/1991 de competencia desleal (por haber realizado ventas con pérdida), la Ley 5/1992, sobre tratamiento informático de datos de carácter personal (por haber utilizado los datos personales de los usuarios) y la Ley 37/1992, reguladora del impuesto del valor añadido (por no haber satisfecho el impuesto correspondiente).

3.1. En cuanto a la existencia de actos de competencia desleal el Tribunal considera acertada la apreciación del Servicio de Defensa de la Competencia relativa a que una campaña de "sampling", como la realizada por Gillette, no puede identificarse ni con la figura de la venta a pérdida ( regulada en los artículos 17 de la Ley 3/1991 y 14 de la Ley 7/1996), ni con la actividad de oferta comercial de primas o regalos ( regulada en los artículos 8.2 de la Ley 3/1991 y 32 de la Ley 7/1996), ni con las ventas promocionales (artículos 18 y 27 de la Ley 7/1996). En efecto, se trata de una actividad temporal de entrega de muestras para que sean probadas por los usuarios, como lo prueba el hecho de que durante la campaña de referencia (Drop & Stick) no se entregaran los productos en su forma de presentación habitual ("packs" que contienen un mango tipo "sensor" y un paquete de cuchillas tipo "sensor" de 5 o 10 unidades, o bien "packs" que contienen un mango del tipo "sensor excel" y un paquete de cuchillas de 5 o 10 unidades también del tipo "sensor excel") sino en "packs" que contenían un mango del modelo "sensor", el más antiguo de la gama, y una sola cuchilla del tipo "sensor excel".

También hay que tener en cuenta a este respecto que, en este tipo de productos, por razones higiénicas, la entrega de muestras gratuitas sin posterior compromiso de compra es la única forma existente de poder probarlos. Así lo considera también la empresa Wilkinson que reconoce haber realizado en varias ocasiones campañas promocionales del mismo tipo, obrando en el expediente dos de ellas: a) El acuerdo con las revistas "MAN" y "PRIMA" para que junto con el ejemplar de la misma se entregara una maquinilla con su cabezal (Estas campañas tuvieron una duración que

oscilaba entre una semana y dos meses y el número de artículos entregados como promoción se situó entre las 50.000 y 100.000 unidades). b) La entrega gratuita durante la vuelta Ciclista a España de 1997 de 30.000 unidades de maquinillas de afeitar.

Por otra parte, no hay que olvidar que la Ley de Competencia Desleal declara lícitas las entregas de obsequios con fines publicitarios y las prácticas comerciales análogas, las cuales sólo se reputarán desleales cuando, por las circunstancias en que se realicen, pongan al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal (Art. 8.1), lo que no sucede en el caso objeto de este expediente.

3.2. Por lo que respecta a la infracción en materia de IVA, el Tribunal considera que, una vez establecido que no se trata de una operación de venta ni de regalo (supuestos a los que parecen referirse tanto la empresa recurrente en su denuncia, como la Dirección General de Tributos en su informe), sino más bien de la entrega de muestras con fines publicitarios, cae por su base la pretendida infracción pues, según el artículo 7.2 de la Ley 37/1992, reguladora del impuesto sobre el valor añadido, están exentas las entregas gratuitas de escaso valor, considerándose como tales las muestras o entregas promocionales cuyo valor por cliente y año no supere las 15.000 ptas.

3.3. Por otra parte, tampoco parece que exista infracción de la LORTAD, pues los datos utilizados para evaluar la campaña fueron facilitados voluntariamente por los usuarios demandantes del producto gratuito, bien mediante el procedimiento de rellenar un cupón con sus datos personales o bien poniendo una pegatina en el buzón, lo que permitía que la empresa anotase los datos obrantes en éste, cosa que, sin embargo, no se ha probado que hiciera. En todo caso, de existir la infracción, ésta no otorgaría una ventaja competitiva significativa a los efectos de la aplicación de la normativa de la competencia.

4. Aún descartada la existencia de venta con pérdida, hay que analizar, sin embargo, la posibilidad de que la campaña promocional en cuestión pudiera constituir un comportamiento predatorio.

A estos efectos y con carácter preliminar, hay que recordar que, en nuestro Derecho de la Competencia, dicho comportamiento puede enjuiciarse tanto desde la óptica del abuso de posición dominante (Art. 6 LDC), como desde el punto de vista del falseamiento de la libre competencia por actos desleales (Art. 7LDC), por lo que se analizarán a continuación separadamente los argumentos utilizados por el Servicio de Defensa de la Competencia para afirmar la inexistencia de ambos tipos de prácticas.

4.1. El Tribunal acepta la delimitación del mercado relevante realizada por el Servicio de Defensa de la Competencia, la cual no ha sido, por otra parte,

combatida por los interesados. Así pues, se considera como mercado relevante de producto el integrado por los artículos para el afeitado húmedo con cuchilla que, a los efectos de este expediente, son fundamentalmente las hojas y las maquinillas de afeitar; tanto los productos para el afeitado en seco como los artículos de depilación forman parte de otros mercados (Vid. la Decisión de la C.E. de 10 de noviembre de 1992, As. Warner-Lambert/Gillette/BIC). En este mercado, que, como ya se ha indicado con anterioridad, representa el 70,4 % del mercado del afeitado en general, se pueden distinguir tres segmentos perfectamente diferenciados pero que presentan un alto grado de sustituibilidad: los denominados “doble filo” (que se encuentra en regresión y alcanza un porcentaje del 4,9 % del citado mercado), “desechables” (con un porcentaje del 55,2 %) y “sistemas” (que es el de mayor valor y representa un 28 % del mercado). Desde el punto de vista geográfico, el mercado relevante ha de ser España por ser el lugar donde se realizó la campaña objeto de la denuncia.

4.2. En el mercado relevante definido que se caracteriza, en general, por la existencia de barreras de entrada tales como el alto coste de implantación de una planta productiva, la existencia de marcas de renombre y la necesidad de una constante innovación y un importante esfuerzo inversor en investigación y desarrollo, Gillette alcanza una cuota de mercado superior al 50% en todos sus segmentos (llegando en alguno de ellos, como sucede en el de “sistemas”, al 77,3 %) y es también líder en cuanto a las ventas de mangos y de maquinillas; sin embargo, su poder de mercado es relativo pues, por una parte, en dicho mercado están ya instaladas fuertes empresas competidoras, como BIC o la recurrente Wilkinson, que destina importantes recursos tanto a la publicidad de sus productos como a la investigación y desarrollo y que cuenta con un potencial económico similar al de Gillette por su pertenencia al grupo multinacional Warner-Lambert (que está también presente en el sector del afeitado con la marca “Schick” y en otros mercados con marcas tan conocidas como “Parke-Davis”, “Adams”, “Oraldine” o “Trident”); y, por otra, no hay que olvidar la fuerza negociadora de las grandes superficies comerciales y de las centrales de compras que operan en el campo de la distribución comercial y que cuentan además con sus propias “marcas blancas”. Así pues, resulta discutible afirmar que, en el mercado de referencia, Gillette puede desarrollar una política comercial de manera independiente sin tener en cuenta a sus competidores, proveedores o clientes, criterio definidor de la existencia de una posición dominante tanto en la jurisprudencia comunitaria como en la nacional (Vid., en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE de 21 de febrero de 1973, As. Continental Can y las Resoluciones del TDC de 10 de octubre de 1993 y 12 de septiembre de 1994).

4.3. A la vista de estas consideraciones, la discusión debe centrarse en la cuestión de si la campaña “Drop & Stick” realizada por Gillette tuvo o no carácter predatorio.

A favor de su consideración como predatoria se han invocado en el presente expediente las siguientes razones: a) La posición de dominio del mercado que ostenta Gillette. b) El carácter masivo de la campaña, ya que el número de unidades objeto de la promoción es igual al de las ventas anuales de mangos. c) El hecho de que no se trataba de lanzar un producto nuevo. Y d) Que la finalidad de la campaña era saturar el mercado de maquinillas y conseguir de este modo cautivar o fidelizar al usuario durante los dos años de duración media del mango, dado que al mismo sólo pueden acoplarse las hojas de la propia Gillette.

Estos argumentos no son, sin embargo, concluyentes porque frente a ellos puede aducirse: a) Que resulta discutible que Gillette tenga poder de mercado. b) Que el “sampling” es una práctica habitual en el comercio (como lo prueba el que la propia recurrente haya realizado campañas de este tipo), que, además, como ya se ha indicado con anterioridad, es considerada lícita por la Ley de Competencia Desleal. c) Que, salvo por el número de unidades entregadas como muestra, la campaña se ha circunscrito a los parámetros considerados normales en el mercado. Así, la campaña se limitó a un solo segmento del mercado puesto que se dirigía a trasvasar usuarios de los otros segmentos al de “sistemas” que tiene un mayor valor añadido; se regalaba un “pack” especialmente preparado para la promoción que contenía un mango de la gama inferior (sensor) y una sola cuchilla de la gama superior (sensor excel); la duración de la campaña fue limitada en el tiempo y en el ámbito geográfico ya que se realizó sucesivamente por regiones y no a escala nacional. d) Que la previsión realizada por Gillette sobre el plazo de recuperación de los costes de la promoción resulta razonable y similar a los previstos por la propia empresa en otras promociones. e) Que lejos de producirse la saturación del mercado de mangos para maquinillas de afeitado dentro del segmento “sistemas” de afeitado húmedo, con la consiguiente imposibilidad de vender cuchillas en dicho mercado, Wilkinson reconoce y los datos NIELSEN lo confirman que el citado mercado de mangos creció un 4,5%. f) Que resulta difícil de creer que se pueda fidelizar o esclavizar a un consumidor durante dos años por el mero hecho de regalarle un mango que cuesta unas 200 ptas. Y g) Que, por otra parte, el precio de una maquinilla del segmento “sistemas” de Wilkinson es sensiblemente menor que el de las de Gillette. En definitiva, resulta difícil afirmar la existencia de una intención predatoria cuando resulta evidente que el presunto depredador no podrá beneficiarse de una posterior renta de monopolio.

Finalmente, hay que tener también presente a este respecto que, según los estudios internos de la propia empresa, que fueron obtenidos en el curso de una investigación domiciliaria por sorpresa realizada con anterioridad a la apertura del expediente sancionador, los documentos explicativos de la campaña dirigidos a los empleados de los departamentos comerciales de Gillette, que han sido consignados en el expediente por el Instructor y los

testimonios de algunos directivos de Gillette ( parte de los cuales han sido aportados por Wilkinson, vid. folio 173), los objetivos de la campaña eran la captación o desplazamiento de usuarios de productos del segmento de “desechables” hacia el de “sistemas”, mayoritariamente incluso dentro de la misma marca, mientras que la captación de clientes de los productos del segmento “sistemas” de los competidores siempre se consideró como no significativa. El análisis de los resultados de la campaña no desvirtúa esta hipótesis. Por otra parte, Wilkinson ha reconocido *que tuvo el mayor crecimiento en volumen del sector debido al lanzamiento de la maquinilla desechable “Extra II” mientras que Gillette lo hizo en términos de valor, “canibalizando” a sus propios clientes de los segmentos “tradicional” y “desechables” hacia el segmento de “super sistemas”, donde la rentabilidad es significativamente mayor.* (folio 530)

En conclusión, dado que no se ha acreditado la existencia de un propósito manifiesto por parte de la empresa Gillette de expulsar a los competidores del mercado, el cual resulta fundamental para poder calificar a una conducta como predatoria (Vid. la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE de 3 de julio de 1991, As. Akzo y la Resolución del TDC de 30 de diciembre de 1991), ni se ha logrado tampoco demostrar que los efectos de la campaña desarrollada por Gillette redujeran sensiblemente la participación de Wilkinson en el mercado, procede ratificar el sobreseimiento del expediente realizado por el Servicio de Defensa de la Competencia.

5. Finalmente, hay que abordar la cuestión del tratamiento que se debe otorgar a los documentos aportados por la recurrente, una vez que el recurso había sido deliberado y fallado y se hallaba tan sólo pendiente de que el Vocal Ponente redactara la correspondiente Resolución.

La recurrente ha invocado como fundamento de su pretensión los artículos 40 de la LDC y 80 de la Ley 30/1992, que hacen referencia a la práctica de la prueba en el procedimiento administrativo sancionador en materia de defensa de la competencia y en el procedimiento administrativo general, así como el artículo 42 de la citada LDC, que contempla la posibilidad de que el Tribunal acuerde la realización de diligencias para mejor proveer. Con respecto a los dos primeros preceptos, hay que señalar que no resultan aplicables al caso, pues nos encontramos en presencia de un procedimiento de recurso que se rige por su propia normativa específica (Sección Quinta del Capítulo Primero del Título III de la Ley de Defensa de la Competencia), que presenta como principales características su carácter sumario, la ausencia de período probatorio y la obligatoriedad de que los interesados presenten en el trámite de alegaciones los documentos y justificaciones que estimen pertinentes (artículo 48 de la LDC), dado que no se trata de decidir sobre el contenido del expediente, esto es, la existencia o no de prácticas restrictivas de la competencia, sino sobre si el fundamento del Acuerdo de sobreseimiento es suficiente y adecuado. Por otra parte, el Tribunal considera también



inaplicable el artículo 42 de la LDC porque en él se establece que sólo podrán acordarse las diligencias para mejor proveer “antes de dictar resolución”.

A mayor abundamiento, el Tribunal estima que los datos aportados no añaden nada nuevo a la información contenida en el expediente.

Así pues, procede devolver el escrito a la parte, por haber sido presentado fuera del momento procesal oportuno.

- 6 La ratificación del Acuerdo de sobreseimiento motiva la innecesariedad de pronunciarse sobre la aplicación a este caso de la doctrina de la prosecución de la tramitación del expediente ante el Tribunal sin necesidad de devolverlo al Servicio de Defensa de la Competencia establecida en la anteriormente citada Resolución de 30 de diciembre de 1991.

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

### **HA RESUELTO**

**Primero.** Desestimar el recurso interpuesto por la empresa WILKINSON SWORD, S.A.E. contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 14 de abril de 1998 por el que se sobresee el expediente nº 1678/97, iniciado como consecuencia de la denuncia presentada por la empresa recurrente contra la empresa GILLETTE ESPAÑOLA, S.A. por la realización de prácticas restrictivas de la competencia de abuso de posición dominante y falseamiento de la competencia por actos desleales.

**Segundo.** Devolver a la empresa WILKINSON SWORD, S.A.E. el escrito presentado con fecha 5 de diciembre de 1998, dejando en su lugar diligencia de cumplimiento de lo señalado anteriormente.

Comúníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que agota la vía administrativa y que, por consiguiente, contra la misma podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.