

RESOLUCIÓN (Expte. r 137/95, Soportes fonográficos)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Alonso Soto, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

de Torres Simó, Vocal

Menéndez Rexach, Vocal

En Madrid, a 1 de diciembre de 1995.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal), integrado por los señores que anteriormente se relacionan y actuando como Ponente la Vocal Dña. Cristina Alcaide Guindo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 137/95 (1105/94 del Servicio de Defensa de la Competencia [el Servicio]) de recurso presentado por la Asociación de Comerciantes de Soportes Fonográficos y Videográficos (la ACSFV) contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 19 de septiembre de 1995 por el que se decretaba el archivo de las actuaciones que tuvieron lugar como consecuencia de la denuncia presentada por la ACSFV contra la Asociación Nacional de Medianas y Grandes Empresas de Distribución (ANGED) por abuso de posición de dominio y competencia desleal por la venta de discos compactos (CD) y musicassettes (MC) de los denominados "superventas" a precios inferiores a los de adquisición normal por parte de los minoristas, aplicando precios similares o superiores al normal de los denunciados en el resto de CDs y MCs.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 6 de junio de 1994 la ACSFV denunció a la ANGED por infracción de los artículos 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) porque las empresas que integran la ANGED *"llevan a cabo una política abusiva de precios ruinosos o bajo precio de adquisición o de factura, única y exclusivamente por lo que respecta a las musicassetes y discos compactos de aquellos autores o intérpretes que se encuentran situados en las primeras posiciones del Hit Parade o Listas de Superventas ..."*. Acompaña actas notariales levantadas en los hipermercados PRYCA de Tarrasa el 20 de diciembre de 1993, CONTINENTE de Barberà del Vallès el 2 de diciembre de 1993, ALCAMPO de Sant Quirze del Vallès el 14 de diciembre de 1993 y

CONTINENTE de Barberà del Vallès el 3 de marzo de 1994, ALCAMPO de Sant Quirze del Vallès el 3 de marzo de 1994, y PRYCA de Tarrasa el 24 de marzo de 1994.

2. El Servicio inició una información reservada solicitando un informe de la Subdirección General de Estudios y Relaciones Internacionales de la propia Dirección General de Defensa de la Competencia y dirigiéndose a los tres hipermercados mencionados en la denuncia en requerimiento de información.
3. Recibida la información requerida a los hipermercados y el informe encargado, así como documentación complementaria remitida por la denunciante, el Director General de Defensa de la Competencia dictó Acuerdo de 19 de septiembre de 1995 por el que decretaba el archivo de las actuaciones derivadas de la denuncia, como consecuencia de las siguientes consideraciones:
 - Las entidades denunciadas (sic) realizan este tipo de ofertas varias veces al año (CONTINENTE 8 veces en un año, PRYCA 2 veces y ALCAMPO 8 veces). Solamente coinciden entre ellas en Navidad, Semana Santa y período anterior a las vacaciones veraniegas, épocas en que aumentan las ventas en estos establecimientos.
 - No es posible determinar la existencia de precios de venta inferiores a los de compra porque en el cálculo se ha sumado IVA, gastos de gestión, publicidad, ... repartidos por igual entre todos los productos de una factura, mientras que los incrementos aplicables a los productos de una factura varían entre el 10% y el 22%.
 - Del informe de la Subdirección General de Estudios y Relaciones Internacionales se deduce que las ventas han aumentado notablemente del año 1993 al año 1994, tanto a nivel nacional como en la provincia de Barcelona; que ninguna entidad tiene una posición de dominio ni en España ni en la provincia de Barcelona y que la minorista con mayor cuota de mercado no se encuentra entre aquéllas que han sido objeto de la denuncia. Las empresas pertenecientes a ANGED han mantenido su cuota de mercado de 1993 a 1994.
 - No ha podido acreditarse la existencia de conductas concertadas o conscientemente paralelas entre las empresas miembros de ANGED.
 - no se ha dado un supuesto de venta a pérdida de los prohibidos

por el artículo 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) puesto que la venta realizada bajo coste solamente se reputa desleal cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores sobre el nivel de precios practicados en el mismo establecimiento para otros productos o servicios, cuando tenga por objeto desacreditar la imagen ajena o cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor, supuestos que no se dan en el caso denunciado. Al no existir acto que pueda reputarse desleal, no cabe una infracción del artículo 7 de la LDC.

4. La denunciante ACSFV recurrió dicho Acuerdo de archivo ante el Tribunal mediante escrito remitido por correo certificado el 13 de octubre de 1995 y recibido en el Tribunal el 17 de octubre siguiente.

Básicamente la recurrente alega que el mercado de producto relevante es el del producto fonográfico "superventas" no el de los productos fonográficos en general; que las empresas de ANGED incurren en auténticas prácticas predatorias y que en el mercado pertinente tienen posición de dominio. Además mantenía que las ventas a pérdidas practicadas infringen el artículo 17 de la LCD y que hay una grave distorsión del mercado por lo que es de aplicación el artículo 7 de la LDC. En su escrito de alegaciones insiste en sus tesis y, a la vista de las facturas presentadas por los tres hipermercados a los que el Servicio solicitó información, argumenta que en la mayoría de los casos los precios de venta son inferiores a los precios de compra por las grandes superficies investigadas.

5. ANGED presentó alegaciones en las que argumenta básicamente:
 - Que ANGED no lleva a cabo ninguna actividad comercial por lo que el recurso debiera ser desestimado sin más puesto que es condición *sine qua non* para infringir los artículos 6 y 7 de la LDC ser operador económico y no se ha denunciado ni se alude a la existencia de ninguna conducta que pudiera haber llevado a cabo ANGED, tales como una decisión o recomendación colectiva. Por el contrario, el Servicio ha valorado que las ofertas de los hipermercados responden a la lógica del mercado y a la competencia entre ellos.
 - Que tampoco las tres empresas citadas en la denuncia han infringido el artículo 6 de la LDC puesto que no gozan de posición de dominio de la que hayan podido abusar en el mercado relevante que es, a su juicio, el mercado de la distribución de soportes de

música. Rechaza totalmente que quepa definir un mercado de "distribución de superventas", pero estima que es irrelevante puesto que ninguna de las empresas investigadas cuenta con cuotas de mercado que puedan hacer sospechar que gocen de posición de dominio por muy estrechamente que se delimiten el mercado de producto y el mercado geográfico.

- Que ninguna de ellas ha infringido tampoco la LCD pues no se ha acreditado la existencia de ninguno de los presupuestos previstos en su artículo 17. En contra de lo que se suele alegar tradicionalmente, la LCD considera que la venta a pérdida solamente es un acto desleal cuando induzca a error al consumidor sobre los precios que se practican en el mismo establecimiento, cuando suponga un descrédito para un producto o establecimiento ajenos o cuando forme parte de una estrategia para eliminar a un competidor del mercado, supuestos cuya existencia no ha sido probada.
- Por último que el artículo 7 de la LDC solamente es aplicable cuando se dan tres requisitos, la existencia de un acto de competencia desleal, que falsee sensiblemente la competencia en el mercado y que afecte al interés público. Incluso suponiendo que las ventas realizadas por las empresas investigadas constituyeran un acto desleal, ni se habría falseado sensiblemente la competencia -puesto que la venta a pérdida sólo es contraria a la libre competencia cuando es predatoria- ni se habría afectado el interés público defendido por la LDC sino todo lo contrario, puesto que las promociones favorecen la competencia y benefician a los consumidores.

6. Se consideran interesados:

- Asociación de Comerciantes de Soportes Fonográficos y Videográficos (ACSFV).
- Asociación Nacional de Grandes y Medianas Empresas de Distribución (ANGED).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El Tribunal considera necesario hacer dos reflexiones preliminares:

- 1.1. ANGED no es un operador económico en el contexto del presente caso: no distribuye soportes fonográficos, no establece precios, no participa en el mercado. Solamente podría haber sido denunciada

por una infracción del artículo 1 de la LDC, lo cual no ha ocurrido. De forma que el Servicio debiera haber rechazado la denuncia sin más trámite. El contenido de la denuncia debiera haberse dirigido contra las empresas que hayan efectuado las prácticas que la denunciante reputa infracciones de la LDC, puesto que es contrario al buen orden del tráfico mercantil la existencia de denuncias contra autores imposibles.

1.2. El Servicio no debiera haber realizado instrucción sin incoar previamente expediente sancionador, sobre todo teniendo en cuenta que, a primera vista, la denunciada no coincidía con los sujetos de las prácticas reputadas infracciones de las normas de competencia. Las consecuencias de tal actuación podrían haber sido muy negativas si, en contra de lo que ha sucedido, el Servicio hubiera llegado a la conclusión de que los hipermercados que ha investigado habían infringido la LDC. La iniciación *de facto* de un expediente sancionador sin cumplir las garantías procesales que establece la Ley podría llevar a la nulidad de las actuaciones. La información reservada prevista en el artículo 36.2 no puede ser utilizada en sustitución del procedimiento de instrucción de un expediente sancionador que, una vez incoado, se pone en conocimiento de las partes interesadas y les otorga los derechos que prevé el procedimiento, entre otros, el de vista del expediente, el de no declarar contra uno mismo y el de solicitar la confidencialidad de la información aportada.

2. En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal considera que la denuncia está correctamente archivada, no solamente porque el sujeto denunciado no puede ser autor de las prácticas denunciadas sino, además, porque no hay indicios, a pesar de todo lo actuado, de existencia de prácticas restrictivas que infrinjan los artículos 6 y 7 de la LDC por parte de los tres hipermercados investigados.

2.1. No puede haber abuso de posición de dominio puesto que ninguno de los hipermercados goza de posición de dominio cualquiera que sea el mercado relevante definido, de producto y geográfico.

El mercado de producto pertinente no es el de las superventas de soportes de música, puesto que el éxito efímero de un número de composiciones en un momento dado no determina la gran sustituibilidad entre los distintos títulos de éxito y la menor sustituibilidad de esos títulos por otros menos de moda. Los éxitos de ventas se consiguen por el interés que demuestran en determinados títulos grupos de consumidores con características

diferentes, con gustos nada parecidos, de modo que un éxito concreto puede sustituir peor a otro éxito del mismo momento que a una composición anterior del mismo autor o intérprete. Basta con analizar los títulos, intérpretes y autores de las composiciones incluidas en la denuncia: los grupos de compradores que han llevado al éxito a una composición son los adolescentes urbanos y los que han hecho que otro sea un éxito pueden ser grupos de mayor edad y de otro ambiente socio-cultural. De modo que es inaceptable que los grandes éxitos sean mejores sustitutos entre sí que con el resto de las composiciones musicales. El mercado de producto a considerar sería el de distribución de soportes fonográficos musicales o los de los CDs y los MCs por separado.

2.2. No hay indicios de infracción del artículo 17 de la LCD por parte de los tres hipermercados investigados, puesto que no los hay de que se cumpla ninguno de los requisitos establecidos en su apartado 2, incluso suponiendo que los hipermercados investigados hayan realizado ventas bajo coste:

- No hay inducción a error sobre el resto de precios practicados puesto que la publicidad de los hipermercados es clarísima en cuanto a sus promociones y ofertas. Basta desplegar los folletos editados en cada uno de los casos investigados para cerciorarse de ello.
- El estudio de los folletos lleva a la conclusión de que no tratan de desacreditar a nadie .
- La utilización de precios bajos en artículos de oferta se deriva de la fuerte competencia existente entre hipermercados y no tiene por objeto eliminar del mercado a ningún competidor sino captar a los clientes interesados en la compra de los artículos incluidos en la promoción.

2.3. No hay indicios de infracción del artículo 7 de la LDC, incluso aunque se concluyera que ha habido infracción del artículo 17 de la LCD.

El artículo 7 de la LDC prevé que el Tribunal conocerá de los actos de competencia desleal en los términos que la LDC establece para las conductas prohibidas cuando dichos actos, por falsear de manera sensible la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público.

La LDC no tiene por objeto la defensa de los competidores sino que está encaminada a garantizar la existencia de una competencia suficiente y a protegerla frente a todo ataque contrario al interés público.

La práctica de precios bajos por parte de algunos minoristas no solamente no perjudica la competencia, sino que la favorece en beneficio de los consumidores y en fomento de la eficiencia. Solamente en el caso de que la política de precios bajos estuviera dirigida a eliminar parte de la competencia en el mercado cara al futuro podría plantearse la existencia de una conducta restrictiva de la competencia perseguible desde la LDC.

3. Si la Asociación denunciante considera que sus miembros están siendo ilícitamente perjudicados por las actuaciones de determinadas empresas de distribución, debería acudir a los tribunales ordinarios en defensa de sus pretensiones.
4. Por todo lo expuesto procede desestimar el recurso y confirmar el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 19 de septiembre de 1995 por el que se archivaron las actuaciones derivadas de la denuncia presentada por la recurrente.

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

HA RESUELTO

Unico Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación de Comerciantes de Soportes Fonográficos y Videográficos contra el Acuerdo de archivo del Director General de Defensa de la Competencia, de 19 de septiembre de 1995, que se confirma.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que dicha Resolución agota la vía administrativa y que contra ella sólo se puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar de la notificación de la presente Resolución.