

RESOLUCIÓN (Expte. S/DC/0509/14 INDUSTEX)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 4 de febrero de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ha dictado esta Resolución en el expediente S/DC/0509/14 INDUSTEX, tramitado ante la denuncia formulada por parte de CEOSYCAR, S.L. contra INDUSTEX, S.L. por una supuesta infracción del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 29 de noviembre de 2013 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de CEOSYCAR, S.L. (CEOSYCAR) por el que denuncia a INDUSTEX, S.L. (INDUSTEX) por la realización de actos de publicidad ilícita, engañosa, desleal y fraudulenta, que distorsionan el régimen de libre competencia en el mercado. Todo ello en relación con un anuncio publicitario de un ahuyentador eléctrico comercializado por INDUSTEX que asegura al consumidor efectos mayores del producto y entra en

contradicción con las características del mismo indicadas en sus instrucciones (folios 1 a 15).

2. El 9 de enero de 2014 la Dirección de Competencia requirió a CEOSYCAR la subsanación de su escrito de denuncia, dado que el mismo no reunía los requisitos del artículo 25 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC). En concreto, le solicitó la aportación de la siguiente documentación: acreditación de su representación, datos de contacto, identificación del mercado afectado y duración y efectos de la práctica (folios 18 a 22).

CEOSYCAR subsanó su escrito de denuncia mediante escrito de 22 de enero de 2014, con entrada en la CNMC el día 24 de enero (folios 25 a 28).

3. Mediante escrito de la DC de 27 de febrero de 2014, con registro de salida de la CNMC de 28 de febrero, y con el fin de determinar si concurrían circunstancias que justificaran la incoación de un expediente sancionador, la DC solicitó información a CEOSYCAR sobre: (i) el mercado al que se refiere la cuota del 80% de INDUSTEX a la que hace referencia CEOSYCAR en sus escritos; (ii) las cuotas de mercado de CEOSYCAR y todos sus competidores en el mercado de ahuyentadores eléctricos y en el mercado amplio de ahuyentadores eléctricos y productos químicos, entre los años 2010 y 2013; y, (iii) si había presentado reclamación ante algún organismo de control de la publicidad y/o acciones específicas en materia de publicidad y comunicación comercial ante otras instancias y cómo habían sido resueltas en su caso (folios 42 a 46).

El 10 de marzo de 2014, con correo postal del día 7 de marzo, tuvo entrada en la CNMC escrito de CEOSYCAR de respuesta a dicho requerimiento de información (folios 47 y 48).

4. El 13 de marzo de 2014, la DC solicitó a INDUSTEX información sobre: cuotas de mercado de los operadores, grado de competencia, existencia de productos sustituibles y de legislación específica en el mercado de productos ahuyentadores eléctricos para insectos, roedores y pequeños mamíferos (folios 49 a 54).

El 31 de marzo de 2014 tuvo entrada en la CNMC escrito de 28 de marzo en el que INDUSTEX aportaba la información solicitada (folios 60 a 67).

5. Mediante escrito de 1 de abril de 2014, la DC volvió a requerir a INDUSTEX las cuotas de mercado en el mercado de los ahuyentadores electrónicos y, además, le solicitó copias de los anuncios de los dos últimos años y pruebas que acreditaran que los anuncios había pasado los controles de Autocontrol, así como copia de las instrucciones del producto Pest Reject (folios 94 a 97).

INDUSTEX respondió a dicho requerimiento de información mediante escrito de 9 de abril de 2014, con entrada en la CNMC de 10 de abril, pero sin aportar los datos referentes a las cuotas de mercado de los ahuyentadores eléctricos (folios 103 a 158).

6. El 4 de septiembre de 2014 la DC incoó expediente sancionador contra INDUSTEX debido a la existencia de indicios racionales de infracción del artículo 3 de la LDC, consistentes en la realización y difusión a nivel nacional de publicidad desleal y engañosa en relación con el producto PEST REJECT, que podrían haber falseado la competencia y afectado al interés público (folios 161 y 162).
7. El día 10 de septiembre de 2014, la DC requirió a CEOSYCAR información sobre: (i) el valor de las ventas de sus ahuyentadores eléctricos directamente afectados por las irregularidades de promoción de Pest Reject entre 2011 y el primer semestre de 2014; así como (ii) su volumen de negocios tanto en el mercado de los ahuyentadores electrónicos como en el mercado más amplio de los ahuyentadores (incluyendo químicos y electrónicos) en 2011, 2012 y 2013 (folios 177 a 182).

CEOSYCAR respondió a este requerimiento el 23 de septiembre de 2014 (folios 289 a 293).

8. El 10 de septiembre de 2014, la DC también requirió información a INDUSTEX, relativa a: (i) el valor de las ventas de su producto Pest Reject entre 2011 y el primer semestre de 2014; (ii) volumen de negocios en el mercado de los ahuyentadores eléctricos y en el mercado más amplio que incluyese además otro tipo de ahuyentadores no eléctricos desde 2012 a 2013 (folios 183 a 198).

El 26 de septiembre de 2014 tuvo entrada en la CNMC la respuesta de INDUSTEX (folios 356 a 361).

9. El 11 de septiembre de 2014, la DC requirió a ALCAMPO, BRICOR, EL CORTE INGLÉS, HIPERCOR, AKI, CARREFOUR, LEROY MERLIN Y MEDIA MARKT información acerca de la evolución de las ventas de Pest Reject y sus competidores entre 2011 y el primer semestre de 2014 así como la fecha de inicio de la venta, la posición ocupada por este producto en cuanto a sus ventas y respecto de sus competidores (folios 199 a 232).

Las respuestas de las entidades mencionadas tuvieron entrada en la CNMC entre el 16 de septiembre de 2014 y el 13 de octubre de ese mismo año (folios 233 a 239, 248 a 250, 251 a 257, 294 a 298, 299 a 303, 329 a 332, 362 a 378 y 384 a 389).

10. El 5 de diciembre de 2014 INDUSTEX remitió un escrito a la DC en el que: (i) informaba acerca de su interés por alcanzar la terminación convencional del expediente; (ii) ofrecía diversas definiciones de los diferentes mercados afectados; (iv) señalaba que no contaba con estimaciones sobre el tamaño total del mercado afectado ni con datos de ventas de sus competidores; e (v) indicaba que desconocía la procedencia de la estimación de la cuota de mercado de INDUSTEX que efectuó el denunciante (80%) del mercado de ahuyentadores electrónicos (folios 435 a 441).
11. Mediante escrito de 26 de enero de 2015, con entrada en la CNMC el 29 de enero, CEOSYCAR solicitó el impulso procedimental necesario al expediente con la finalidad de que fuera resuelto en el plazo más breve posible en beneficio del interés público general, puesto que ya se había iniciado la campaña 2015 de comercialización de productos ahuyentadores para la temporada de primavera-verano (folios 442 y 443).
12. El 30 de enero de 2015, la DC requirió a INDUSTEX información tanto sobre la fecha en la que fue introducido en el mercado español el producto Pest Reject como sobre determinada información relativa a la campaña publicitaria de este producto (folios 445 a 447).

El 10 de febrero de 2015 tuvo entrada en la CNMC la respuesta de INDUSTEX al requerimiento mencionado (folios 456 a 484).

13. El 17 de abril de 2015, INDUSTEX envió un escrito a la DC en el que informaba acerca de que, por motivos comerciales, El Corte Inglés, distribuidor del producto Pest Reject, tenía la intención de reanudar la emisión de anuncios publicitarios a partir de finales abril de 2015 así como de que había modificado la publicidad del guión del anuncio para eliminar cualquier duda sobre la deslealtad de esa publicidad, aportando el mismo a su escrito (folios 486 a 491).
14. El 24 de junio de 2015, la DC formuló el Pliego de Concreción de Hechos, que fue notificado a INDUSTEX el 26 de junio de 2015 y a CEOSYCAR el día 29 de junio (folios 508 a 546). En el mismo la DC concluía:

“A la vista de todo lo actuado y de conformidad con el artículo 33.3 del RDC, se considera que:

- *No ha quedado acreditado que la actuación de INDUSTEX S.L., consistente en la emisión de una campaña publicitaria sobre su producto Pest Reject con contenido no veraz constituya una infracción tipificada en el artículo 3 de la LDC”.*

15. El 14 de julio de 2015 tuvieron entrada en la CNMC los escritos de alegaciones tanto de INDUSTEX (folios 557 a 576) como de CEOSYCAR (folios 549 a 546).

16. El 22 de julio de 2015, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), la DC notificó a los incoados en el expediente el cierre de la fase de instrucción (folios 577 a 585).
17. El 1 de septiembre de 2015, la DC formuló su Propuesta de Resolución (PR), de conformidad con lo establecido en el artículo 50.4 de la LDC. En la misma proponía al Consejo de la CNMC que *“se declare que no ha quedado acreditada la existencia de prácticas prohibidas por el art. 3 de la LDC por parte de INDUSTEX, en relación con la emisión de una campaña publicitaria sobre su producto Pest Reject”*.
18. El 17 de septiembre de 2015 tuvo entrada en la CNMC el escrito de alegaciones a la PR de INDUSTEX (folios 662 a 664) y el 18 de septiembre el de CEOSYCAR (folios 665 a 688).
19. El 21 de septiembre de 2015, en cumplimiento del artículo 50.5 de la LDC y 34.2 del RDC, la DC elevó su Informe y Propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC (folios 689 a 714).
20. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 4 de febrero de 2016.
21. Son interesados en este expediente:
 - CEOSYCAR, S.L.
 - INDUSTEX, S.L.

II. LAS PARTES

Las partes implicadas en el presente expediente, tal y como consta en el PCH de la DC, son las siguientes:

1. Denunciante: CEOSYCAR, S.L.

Según consta en el PCH, CEOSYCAR es una empresa española cuya sede está ubicada en L'Hospitalet de Llobregat (Barcelona). Su objeto social comprende la fabricación y comercialización de los productos RADARCAN, una amplia gama de ahuyentadores electrónicos para mosquitos, moscas, carcoma, ratas y ratones, cucarachas, hormigas, topos, perros y gatos, pulgas y garrapatas, palomas y ácaros, para aplicaciones de uso personal, doméstico e industrial.

Además, desde 2004 también fabrican y comercializan ionizadores-purificadores¹.

En el BORME de 13 de julio de 2015 se publica su cambio su denominación social: RADARCAN, S.L. (nº acto 285209)².

2. Denunciada: INDUSTEX, S.L.

INDUSTEX tiene su domicilio social en Barcelona. Desde 1985 desarrolla, comercializa y distribuye productos de consumo innovadores y exclusivos en todo el mundo a través de múltiples canales de distribución: ventas a través de la televisión, canal minorista, catálogos por correo y comercio a través de internet.³ La comercialización de sus productos se realiza bajo diversas líneas, entre otras, Salud, Cosmética y Belleza y Hogar. Dentro de los productos que oferta se encuentra el ahuyentador multiplaga Pest Reject.

Según la página web⁴ de INDUSTEX, ésta posee una amplia red de distribución en más de 80 países de los cinco continentes y posee compañías filiales en Estados Unidos, Francia, Alemania, Suecia, Chile, Japón y Grecia. No obstante, en sus alegaciones al PCH, INDUSTEX indica que posee participación en dos filiales únicamente: el 50% de la sociedad Venteo (Francia) y el 97% de ISL GmbH (Alemania) (folio 563).

III. MERCADO AFECTADO

a) Mercado de producto

El objeto de la denuncia viene referido al ahuyentador electrónico de plagas identificado como Pest Reject.

En la categoría de ahuyentadores podemos encontrar: (i) ahuyentadores electrónicos, entre los que se incluyen aquéllos que utilizan tecnologías como los ultrasonidos, la vibración y el electromagnetismo, siendo su fuente de alimentación la red eléctrica y las baterías y su objetivo ahuyentar a los animales que los perciban; y, (ii) ahuyentadores químicos, que se venden, fundamentalmente, en formato aerosol, contienen sustancias tóxicas y se rocían en la zona donde se quiere evitar el animal.

Si bien no hay precedentes nacionales ni comunitarios referidos expresamente a los ahuyentadores electrónicos, los extintos Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y Comisión Nacional de la Competencia (CNC) llevaron a cabo estudios de mercados relacionados, como son los de insecticidas para uso doméstico y los de repelentes corporales⁵. Esta segmentación de los mercados viene apoyada por el precedente

¹ Fuente : www.radarcn.com

² Fuente: <http://www.boe.es/borme/dias/2015/07/13/pdfs/BORME-A-2015-130-08.pdf>

³ Fuente : www.industex.com

⁴ www.industex.com

⁵ Expedientes N-301 S.C. JOHNSON / BAYER y C-0254/2010 SCJ / SARA LEE

comunitario Hoechs/Rhône Poulenc⁶, en el que la Comisión definió el mercado afectado de forma separada en función del producto utilizado para combatir las diversas categorías de insectos, diferenciando: (i) los CIK (Crawling Insects Killers), utilizados en relación con insectos rastreros (cucarachas, hormigas, etc.); y (ii) los FIK (Flying Insects Killers), usados para combatir insectos voladores (moscas, mosquitos, etc.). De este modo, la diferencia entre ambos consistía en el diferente uso de los mismos, las sustancias tóxicas empleadas y la estacionalidad de las ventas.

Los precedentes nacionales, a su vez, diferenciaron dentro del mercado de productos de FIK entre: (i) productos de acción constante, en forma líquida o pastillas generalmente, con o sin conexión a la red eléctrica; y (ii) productos de aplicación inmediata, más agresivos, como espráis y aerosoles. Asimismo, consideraron los antipolillas y los repelentes como mercados diferentes: (i) los antipolillas, por su formato, composición química y especificidad en el tipo de insecto que combate; y, (ii) los repelentes, por sus sustancias activas, su aplicación sobre la piel y su diferente estrategia de venta.

El sector en el que operan tanto CEOSYCAR como INDUSTEX es el de la producción y comercialización de ahuyentadores electrónicos. El más común de ellos es el que se basa en la tecnología del ultrasonido a través de un buzzer interno o transductor electro-acústico que a una determinada frecuencia perturba a los animales que la perciban en función de su capacidad auditiva y los obliga a abandonar el área de acción.

Si bien no existen precedentes nacionales ni comunitarios que incluyan el estudio del mercado de los ahuyentadores del tipo electrónico, como ya se ha comentado, denunciante y denunciada los han diferenciado de los insecticidas químicos por: (i) el elevado precio de los primeros; (ii) la toxicidad de los insecticidas químicos; y (iii) la acción ilimitada de los ahuyentadores electrónicos frente a los insecticidas químicos. A ello, la denunciante ha añadido que mientras los insecticidas exterminan los insectos, los ahuyentadores electrónicos evitan la presencia de los mismos o los desplazan sin exterminarlos.

Asimismo, cabe dividir a los ahuyentadores electrónicos: (i) por la tecnología que utilizan: ultrasonidos, magnetismo y vibración; y (ii) por el animal objetivo para el que han sido concebidos: insectos voladores, insectos rastreadores, etc. Además, en función de los tipos de animales que ahuyenten, pueden dividirse en: (i) aparatos multiplaga, si pueden ahuyentar varias especies de animales a la vez; y (ii) aparatos monoplaga, utilizados para ahuyentar a un sólo tipo de animal.

De todo ello puede deducirse que los ahuyentadores eléctricos no forman parte del mismo mercado de producto que los productos químicos. No obstante, en este caso no resulta necesario realizar una definición del mercado cerrada en la medida en que la valoración realizada no se verá afectada por la definición del mercado que se adopte.

b) Ámbito geográfico

⁶ COMP M.1378 Hoechs / Rhône Poulenc

Los diferentes mercados de producto identificados: (i) insecticidas contra insectos voladores; (ii) insecticidas contra insectos rastreros; (iii) antipolillas; y, (iv) repelentes, son considerados tanto en los precedentes nacionales mencionados como en el europeo como mercados de ámbito nacional en la medida en que la definición del mercado geográfico se ha efectuado en función del criterio de obligatoriedad de registro y control sanitario que ejerce cada país antes de que su comercialización y venta.

IV. HECHOS PROBADOS

4.1. La información emitida en los anuncios publicitarios de INDUSTEX no coincide con las instrucciones ni características del aparato

Las instrucciones del aparato indican: (i) *“Las ondas de ultrasonidos que emite el aparato causan malestar a cucarachas, arañas, insectos, hormigas y roedores”*; (ii) *“Los ultrasonidos no pasan a través de las paredes, puertas, muebles, etc...”*; (iii) *“No coloque detrás de las cortinas, sofás y otros muebles que pueden bloquear la emisión de ruido”*; (iv) *“Use por lo menos una unidad por habitación para estar protegido. La cobertura de Pest Reject es de 200 m² aproximadamente”*; (v) *Para mayor efectividad, es preferible utilizar dos unidades instaladas en diferentes partes de la habitación en lugar de una”* (folio 125).

La locución en off o superpuesta del anuncio señala que Pest Reject: (i) Combate todo tipo de bichos; (ii) es un producto superior a sus competidores porque otros productos tienen alcance limitado, no llegan a todos los escondites y es necesario un producto por habitación, en cambio con Pest Reject sólo es necesaria una unidad para proteger toda la casa o piso o incluso una nave; (iii) define la cobertura de Pest Reject como de 200 m² (folios 127 y siguientes).

En las imágenes del anuncio, sólo aparecen las plagas que las instrucciones efectivamente señalan.

Según CEOSYCAR, el anuncio del producto Pest Reject se emitió en televisión entre 2012 y 2014; de forma prácticamente diaria y en múltiples franjas horarias y canales de TV, tanto nacionales como autonómicos (folio 27).

4.2. Los anuncios emitidos por INDUSTEX fueron analizados previamente por la ASOCIACIÓN PARA LA AUTORREGULACION DE LA COMUNICACIÓN COMERCIAL (AUTOCONTROL)

AUTOCONTROL es una asociación creada en 1995 sin ánimo de lucro que se encarga de gestionar el sistema de autorregulación publicitario español. Entre sus funciones se encuentra la de servicio de consulta o Copy Advice, asesorando sobre la corrección ética y legal de las campañas antes de su emisión.⁷

⁷ Fuente: <http://autocontrol.es/>

El 19 de agosto de 2013 AUTOCONTROL, a solicitud de INDUSTEX, emitió diversas consultas previas o Copy Advice de varias comunicaciones comerciales en relación con el producto Pest Reject como continuación del Copy Advice número 12166/CA/AGOSTO 2013, que fue emitido el 2 de agosto de 2013 (folios 105 a124).

En relación con el carácter de dicho Copy Advice, en dicho documento se señala que *“Este informe ha sido emitido en ausencia de debate contradictorio y con la sola información aportada por el solicitante. No es vinculante para el solicitante ni, si se presentara una reclamación, para el Jurado de la Publicidad.”* (folio 110 y siguientes).

Igualmente, en el mismo se expone que: *“tras un análisis previo carente de la profundidad propia de un debate contradictorio, a salvo de la realización final del anuncio (en la que entendemos se hará constar algún número de teléfono (sin tarificación adicional) y el precio del producto, no encuentra obstáculos que desaconsejen su difusión siempre que: (...) 2.- El anunciante se encuentre en condiciones de acreditar el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 20 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (...) 3.- Llegado el caso, el anunciante se encuentre en condiciones de acreditar la veracidad de las alegaciones de tipo objetivo contenidas en su publicidad”* (folios 109 y 110 y siguientes).

El artículo 20 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que AUTOCONTROL transcribe, indica que en la oferta comercial de bienes y servicios si se incluye información sobre las características del bien o servicio deberán contener al menos, entre otros, la siguiente información (si no se desprende claramente del contexto) *“Las características esenciales del bien o servicio de una forma adecuada a su naturaleza y al medio de comunicación utilizado”*. El apartado segundo de dicho precepto establece que *“2. El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior o en las disposiciones a que se refiere el artículo 19.4 será considerado en todo caso práctica desleal por engañosa, en iguales términos a lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley de Competencia Desleal”*.

5.3. Posición de INDUSTEX en el mercado de ahuyentadores electrónicos de plagas

Según INDUSTEX, la primera venta de un lote de Pest Reject realizada por esta empresa en España se llevó a cabo el 5 de agosto de 2009 (folio 456). A partir de entonces las ventas fueron creciendo hasta 2013, en el que los ingresos obtenidos fueron [...] de lo alcanzado en [...]. En 2014 si bien el número de ventas de este producto [...] las efectuadas en [...], los ingresos obtenidos por las mismas fueron [...] a los conseguidos en aquél ejercicio (folios 357 y 358).

CEOSYCAR señaló en su denuncia que INDUSTEX alcanzaba una cuota de mercado del 80% (folio 27). En respuesta a los diferentes requerimientos de la DC en los que solicitaba aclaración sobre dicha cuota, CEOSYCAR indicó que se refería únicamente al mercado de ahuyentadores eléctricos (folio 47), añadiendo que no podía aportar las

cuotas ni de CEOSYCAR ni de sus competidores tanto en ese mercado como en el de ahuyentadores eléctricos y productos químicos para los años 2010-2013 “por no encontrarse en poder de esta parte” (folio 48).

Por su parte, INDUSTEX afirmó al respecto que “En cuanto a la estimación de cuota de Industex en este mercado, lamentablemente no es posible aportar una estimación mínimamente fiable, puesto que no existe información pública o estudios de mercado, ni los distribuidores de Industex son favorables a aportar información cuantitativa” (folio 441).

La DC, por su parte, afirma que se trataría de una cuota elevada situada entre el 70 y el 80% “De los datos aportados por los ocho distribuidores consultados por esta Dirección de Competencia (OKI, EL CORTE INGLÉS, ALCAMPO, BRICOR, HIPERCOR, MEDIA MARKT, LEROY MERLIN y CARREFOUR), que no representan una muestra completa del mercado la cuota de la denunciada, tomando en consideración el volumen de ventas total de ahuyentadores eléctricos y el volumen de ventas total del producto Pest Reject, sería indudablemente una cuota alta, que estaría en torno a un 70-80% en el año 2013” (folio 594).

5.4. Dimensiones, barreras de entrada y evolución de la posición de INDUSTEX en el mercado de ahuyentadores electrónicos de plagas

La DC recogió los datos aportados por los distribuidores consultados en relación con las unidades de ventas de Pest Reject entre 2011 y 2013 en la siguiente tabla (folios 594 y 595; datos confidenciales):

VOLUMEN DE VENTAS EXPRESADO EN UNIDADES DE PEST REJECT Y SU COMPETENCIA				
		2011	2012	2013
AKI	<i>Pest Reject</i>	[...]	[...]	[...]
	<i>Competidores</i>	[...]	[...]	[...]
ALCAMPO	<i>Pest Reject</i>	[...]	[...]	[...]
	<i>Competidores</i>	[...]	[...]	[...]
EL CORTE INGLÉS	<i>Pest Reject</i>	[...]	[...]	[...]
	<i>Competidores</i>	[...]	[...]	[...]
CARREFOUR	<i>Pest Reject</i>	[...]	[...]	[...]

	<i>Competidores</i>	[...]	[...]	[...]
HIPERCOR	<i>Pest Reject</i>	[...]	[...]	[...]
	<i>Competidores</i>	[...]	[...]	[...]
BRICOR	<i>Pest Reject</i>	[...]	[...]	[...]
	<i>Competidores</i>	[...]	[...]	[...]
MEDIA MARKT	<i>Pest Reject</i>	[...]	[...]	[...]
	<i>Competidores</i>	[...]	[...]	[...]

Fuente: elaboración propia a partir de datos aportados por cada distribuidor

Estos datos corroboran que el mercado de ahuyentadores electrónicos es un sector de limitadas dimensiones, escasa relevancia económica y que afecta a un reducido número de consumidores.

En la medida en que no existe normativa sectorial aplicable en relación con la fabricación y comercialización de los productos ahuyentadores, no existen barreras significativas de entrada en este mercado.

Por otro lado, la DC entiende que la inversión necesaria para dicha fabricación y comercialización no sería elevada.

El liderazgo del producto Pest Reject en el mercado de ahuyentadores electrónicos tiene lugar desde el momento de su aparición, en agosto de 2009. Según los datos remitidos por los 8 distribuidores consultados, al menos desde 2011 hasta mediados de 2014 es el líder de ventas en sus lineales, con la excepción de los distribuidores CARREFOUR y ALCAMPO. En este último distribuidor, en el año 2014 desaparece la venta de Pest Reject y pasa a suministrarse de un nuevo competidor denominado Riddex.

5.5. INDUSTEX modificó el anuncio del producto Pest Reject

El 2 de noviembre de 2014 dejaron de emitirse en televisión los anuncios publicitarios del producto Pest Reject (folio 456).

El 17 de abril de 2015, INDUSTEX comunicó a la DC que, por motivos comerciales, El Corte Inglés, distribuidor del producto Pest Reject, tenía la intención de reanudar la emisión de anuncios publicitarios a partir del día 20 o 27 de ese mes. En base a ello, INDUSTEX modificó la publicidad del guion del anuncio *“con el fin de eliminar toda duda que la DC pudiera albergar sobre la deslealtad de esa publicidad”*, aportando el mismo a su escrito (folios 486 a 491).

INDUSTEX expuso las modificaciones introducidas en el nuevo anuncio:

- *“Se distingue claramente entre las dos tecnologías que incorpora el producto (impulsos electromagnéticos y ultrasonidos), diferenciando qué uso tiene cada tecnología: (a) impulsos electromagnéticos para ahuyentar a cucarachas, arañas y ratas; y (b) los ultrasonidos para ahuyentar insectos voladores.*
- *Se ha eliminado la alusión a que el Pest Reject actúa sobre "todo tipo de bichos".*
- *Se ha eliminado la alusión a que los efectos electromagnéticos de un solo Pest Reject sea eficaz para todo un piso, apartamento o nave. Además, se ha eliminado la referencia a 200m² en cuanto al tamaño de las naves en las que es eficaz la tecnología de electromagnetismo del Post Reject.*
- *Se especifica que el Pest Reject, mediante la tecnología de ultrasonidos, es eficaz contra moscas y mosquitos en la habitación en que se encuentra el dispositivo (se evitaría así cualquier confusión en cuanto a que la tecnología de ultrasonidos sea eficaz en toda una casa contra moscas y mosquitos)” (folio 487 y 488).*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia para resolver.

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

En el presente expediente esta Sala debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la DC, que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si procede declarar no acreditada la existencia de prácticas prohibidas por el artículo 3 de la LDC por parte de INDUSTEX, en relación con una campaña publicitaria llevada a cabo entre 2012 y 2014 sobre su producto Pest Reject.

En lo relativo a la normativa aplicable, las conductas recogidas en los hechos acreditados se han desarrollado durante la vigencia de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, que en su artículo 3 recoge que la CNMC conocerá de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

En atención a ello, la Ley 15/2007 es la norma aplicable al presente procedimiento sancionador.

TERCERO.- PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Finalizada la instrucción del expediente y teniendo en cuenta la información obrante en el mismo, la DC considera que no ha quedado acreditada la existencia de prácticas prohibidas por el artículo 3 de la LDC por parte de INDUSTEX, en relación con una campaña publicitaria llevada a cabo entre 2012 y 2014 sobre su producto Pest Reject.

El artículo 3 de la LDC prohíbe los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

Señala la DC en su PR que, en virtud de los precedentes de las diferentes Autoridades de Competencia españolas, *“los actos de competencia desleal, independientemente de que exista o no infracción de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LDC), suponen una infracción del artículo 3 de la LDC únicamente cuando falsean la libre competencia y afectan, por tanto, al interés público”*.

En consecuencia, considera que para poder determinar si existe una afectación al interés público en la práctica denunciada, resulta necesario determinar el mercado afectado y la posición de la denunciada en el mismo.

En este sentido, partiendo de los datos ofrecidos por los distribuidores consultados en relación con las unidades de ventas de Pest Reject entre 2011 y 2013 indicados en la tabla que se recoge en el hecho acreditado *“5.4. Dimensiones, barreras de entrada y evolución de la posición de INDUSTEX en el mercado de ahuyentadores electrónicos de plagas”*, la DC estima que: (i) INDUSTEX, partiendo de una situación de liderazgo, tendría una cuota elevada en el mercado de los ahuyentadores eléctricos, en torno a un 70-80% en el año 2013; (ii) no se aprecia que tras la emisión de los anuncios publicitarios denunciados la posición de los competidores de INDUSTEX se haya debilitado; (iii) en el período referido han tenido entrada en el mercado otros productos multiplaga de forma exitosa; y, que (iv) el comportamiento de las ventas depende del distribuidor analizado.

Añade que el hecho de que tanto la venta del producto Pest Reject en grandes establecimientos como la aparición de nuevos productos competidores basados en la tecnología electrónica se hayan producido en fechas recientes, le permite concluir que se trata de un mercado en expansión.

Por todo ello, señala que *“no puede concluirse que la actuación denunciada haya producido una afectación al interés público tutelado por la LDC o una grave perturbación en los mecanismos que regulan el funcionamiento competitivo del mercado”*.

No obstante, la DC deja constancia de que los anuncios denunciados ofrecen efectos y cualidades del producto que no resultan veraces en función de lo dispuesto en las instrucciones y características técnicas del producto, pero estima que el análisis y calificación como actos de competencia desleal correspondería a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria o, en su caso, a las autoridades de consumo. Asimismo, la DC destaca que INDUSTEX, en los nuevos anuncios emitidos a partir de 2015, suprimió las afirmaciones contradictorias con las instrucciones y características reales de Pest Reject.

De acuerdo con todo lo expuesto, la DC concluye que no concurren las circunstancias necesarias para que la conducta denunciada afecte a la competencia efectiva en el mercado e incurra en la prohibición recogida en el artículo 3 de la LDC.

CUARTO.- VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

Esta Sala debe valorar si, tal y como sostiene la DC, las conductas investigadas no presentan indicios de infracción de la LDC y procede declarar no acreditada la existencia de prácticas prohibidas por la LDC, de conformidad con el artículo 53.1.c).

La denunciante sostiene que esta conducta de INDUSTEX está basada en actos de publicidad ilícita, engañosa, desleal y fraudulenta que distorsiona el régimen de libre competencia en el mercado, que violarían lo dispuesto tanto en la Ley 34/1998, de 11 de Noviembre, General de Publicidad, como la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) y el artículo 3 de la LDC.

El artículo 3 de la LDC, sobre el falseamiento de la libre competencia por actos desleales, establece que *“La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público”*.

Siguiendo la doctrina expuesta en anteriores resoluciones de las sucesivas autoridades de competencia españolas, relativas a conductas tipificadas por el artículo 3 LDC (entre otras la resolución del TDC de 26 de febrero de 2004, Expte. 560/03, Grupo Freixenet; y de la CNC de 20 de diciembre de 2007, Expte 703/06, Agencias de Carga/Correos; de 2 de enero de 2008, Expte R 710/06, Castellana Subastas Holding; de 28 de enero de 2009, Expte 2659/05, Rotores; de 10 de junio de 2009, Expte 2741/06, SIGNUS ECOVALOR; de 28 de mayo de 2010, Expte. S/0227/10, ATR ENDESA y Resolución de la CNMC de 29 de septiembre de 2015, Expte. S/DC/0536/14, CAIXABANC) son tres los requisitos para que exista una conducta de falseamiento de la competencia por actos desleales:

- (i) Existencia de un ilícito desleal tipificado en la Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal (en adelante LCD);

- (ii) Falseamiento de la libre competencia; y,
- (iii) Afectación del interés público.

Estos tres elementos son cumulativos e independientes entre sí, de modo que la conducta que el artículo 3 LDC tipifica exige que en la conducta que está siendo enjuiciada estén presentes los tres.

Además, de acuerdo con los precedentes, el artículo 3 LDC se dirige esencialmente a reprimir comportamientos que afecten significativamente a la competencia como señalan diversas resoluciones de la CNC (entre otras, las resoluciones de 30 de noviembre de 2007, Expte. S/0013/07, La tienda en casa; de 11 de marzo de 2008, Expte S/0041/08, Tu Billete; de 29 de junio de 2009, Expte S/0148/09, Correos/Viajes Crisol; de 28 de julio de 2009, Expte. S/0151/08, La Sexta; de 30 de noviembre de 2009, Expte S/0191/09, AGUARDIENTES; de 30 de junio de 2010, Expte S/0137/09, TELEFONICA; de 2 de diciembre de 2010, Expte S/0265/10, cofradía de Pescadores de Sant Pere de l' Atmella).

Esto es, se entiende que los actos desleales falsean la libre competencia cuando afectan a la capacidad de competir de otras empresas o alteran el funcionamiento del mercado limitando dicha capacidad y afectando al interés público (Resolución de 26 de junio de 2013, Expte. S/0458/13 Ascensores 3; Resolución de 15 de diciembre de 2011, Expediente S/0350/11 Asistencia en Carretera; y Resolución de 29 de mayo de 2009, Expediente SA/CAN/0002/08 Electrodomésticos Canarias).

4.1. Sobre el mercado afectado y la posición de INDUSTEX en el mismo

En su escrito de alegaciones a la PR de 17 de septiembre de 2015, INDUSTEX insiste, como ya lo hizo en sus alegaciones al PCH, en que los ahuyentadores electrónicos compiten, al menos, con los insecticidas de acción constante. De este modo, considera que el producto Pest Reject formaría parte de un mercado más amplio que el de los ahuyentadores electrónicos, que incluiría a éstos y a los insecticidas de acción constante. Ello daría como resultado una cuota de mercado en el mismo ínfima (folio 663).

Por su parte, CEOSYCAR, en su escrito de alegaciones a la PR de 18 de septiembre de 2015, afirma que ya vendía sus ahuyentadores electrónicos desde 2007 en grandes superficies, por lo que discrepa con la DC en relación con que las ventas en este tipo de establecimientos se han producido en fechas recientes. Asimismo, contra lo expuesto por la DC, entiende que el consumidor medio español no tiene un conocimiento generalizado de esta clase de productos (folios 667 y 668).

Con respecto a las alegaciones efectuadas por INDUSTEX relacionadas con la definición del mercado afectado en este expediente, esta Sala coincide con la DC en que sea cual fuere esta definición del mercado, la valoración jurídica de los hechos no se vería afectada. De este modo, dicha definición se ha dejado abierta.

No obstante, la DC entiende que no cabe considerar dentro del mismo mercado a ahuyentadores electrónicos e insecticidas de acción constante en atención, precisamente, a las diferencias expuestas entre ambos tipos de productos tanto por denunciada como por denunciante (INDUSTEX folios 60-67; CEOSYCAR, folio 26): (i) el precio de Pest Reject es, con creces, mucho más elevado que el de un insecticida de acción constante; (ii) la toxicidad de los insecticidas químicos frente a la ausencia de productos tóxicos en los ahuyentadores eléctricos; y (iii) la acción ilimitada de los ahuyentadores electrónicos en contraste a la acción limitada en el tiempo de los insecticidas químicos. A ello, hay que añadir que, como indica la denunciante, mientras los insecticidas exterminan los insectos, los ahuyentadores electrónicos evitan la presencia de los mismos o los desplazan sin exterminarlos.

Asimismo, la propia denunciada reconoce en su escrito de contestación al requerimiento de la DC de 13 de marzo de 2014 que ambos tipos de ahuyentadores no son sustituibles entre sí *“un ahuyentador electrónico sólo es comparable con otro ahuyentador que sea efectivo contra el mismo animal objetivo. Se entiende, además, que si un ahuyentador es tóxico no es sustituible por uno que no lo es”* (folio 62) e indirectamente que ahuyentadores químicos y electrónicos no pertenecen al mismo mercado cuando al responder acerca de las cuotas del mercado de ahuyentadores químicos indica que *“Se desconocen por no entrar en la misma categoría de nuestro producto”* (folio 67).

En relación con la posición de INDUSTEX en el mercado de ahuyentadores electrónicos, tal y como expuso la DC en su PR, ni denunciada ni denunciante han sido capaces de aportar ni las cuotas de mercado de cada una de ellas en el mercado de ahuyentadores electrónicos ni las del resto de sus competidores. Sus argumentos han sido *“no encontrarse en poder de esta parte”* (CEOSYCAR, folio 48) y *“no es posible aportar una estimación mínimamente fiable, puesto que no existen información pública o estudios de mercado, ni los distribuidores de INDUSTEX son favorables a aportar información cuantitativa”* (folio 441).

Dada la nula información facilitada por ambas al respecto, el órgano instructor consultó a los distribuidores de ahuyentadores electrónicos más significativos en España que, si bien puede no corresponderse con una muestra completa de los mismos, sí constituyen una muestra importante de dicho mercado sin que ni denunciada ni denunciante hayan sido capaces de desvirtuarlo. Los datos presentados por los mismos muestran cómo el producto Pest Reject es el líder de ventas en sus lineales, en el período temporal en el que se recaban los datos, esto es, entre 2011 y 2014, salvo en CARREFOUR y a partir de 2014, en ALCAMPO, donde ese año se sustituye por el producto RIDDEX.

CEOSYCAR expone en su escrito de denuncia que los anuncios emitidos por INDUSTEX se produjeron entre 2012 y 2013 y que continuaban emitiéndose en 2014. Los datos recabados de los distribuidores consultados muestran que en esas fechas el producto Pest Reject mantenía ese liderazgo en todos ellos, salvo en CARREFOUR y a excepción del año 2014, en el que ALCAMPO sustituyó este producto, como se ha mencionado.

Por tanto, de los datos que constan en el expediente, puede deducirse que INDUSTEX ocuparía una posición importante en el mercado de ahuyentadores eléctricos abarcando una cuota muy significativa en el mismo.

No obstante, si bien es cierto que como afirmó la DC esos ocho distribuidores no reflejan una muestra completa del mercado, por lo que un estudio exhaustivo del mismo podría modificar los niveles de cuota señalados en el PCH (al alza o a la baja), también lo es que INDUSTEX sólo ha refutado su posición en el mercado basándose en la concepción de un mercado afectado mucho más amplio y difuso, aun contradiciéndose en sus propias respuestas, y en la aportación de documentos acreditativos de un distribuidor on-line no considerado por la DC (folios 568 y 569) así como de la propia consideración de distribuidor del denunciante, pero sin aportar referencias adicionales sobre los mismos, ni siquiera en relación con su cuota de mercado. En relación con esta última, en su escrito de respuesta al requerimiento de la DC de 13 de marzo de 2014 reconoció que *“Dado que Industex vende en el mundo entero, y, según tenemos constancia, no hay ninguna otra empresa del sector relacionado con dicho producto (ahuyentadores electrónicos) que venda en tantos países, y dada la gran inversión que hacemos en promocionar dicho producto, entendemos que somos los que tenemos las ventas de ahuyentadores electrónicos más altas del mercado”* (folios 66 y 67).

En cuanto a las alegaciones de CEOSYCAR, el hecho de que ésta ya hubiera puesto en venta ahuyentadores electrónicos en 2007, tan sólo dos años antes de que lo hiciera INDUSTEX, no es óbice para concluir que el mercado de ahuyentadores electrónicos no es un mercado en expansión, por lo que esta alegación debe, igualmente, desestimarse.

En este sentido, la propia denunciada señala, sobre el mercado de ahuyentadores electrónicos, que es *“bastante desconocido, tal como indican datos extraídos de informes que hemos realizado, por lo que el objetivo de la campaña era dar a conocer la opción de los ahuyentadores electrónicos de forma masiva a consumidores que compran para uso doméstico y que de otra manera no habrían conocido este tipo de productos. El mercado de ahuyentadores, antes de la aparición de Pest Reject, se limitaba básicamente a tiendas especializadas, o eso es la conclusión a la que llegó nuestro departamento de desarrollo de producto después de hacer investigaciones al respecto”* (folio 62).

El hecho de que la propia denunciante, en sus alegaciones a la PR, insista en que el consumidor medio español no tiene un conocimiento generalizado de esta clase de ahuyentador, a pesar de que sus productos comenzaron a venderse en grandes superficies desde hace más de diez años, avala la teoría del órgano instructor, que esta Sala comparte, acerca de que el mercado de ahuyentadores electrónicos constituye un mercado en expansión.

4.2. Sobre la presencia y entrada de otros competidores en el mercado

CEOSYCAR, en sus alegaciones a la PR señala que no es cierto que desde la aparición del Pest Reject se hayan introducido en el mercado nuevos competidores,

pues entiende que ello es imposible dado el precio extraordinariamente bajo de dicho producto en comparación con otro similar de cualquier otro competidor leal (folio 670). Asimismo, considera que desde la emisión del anuncio por parte de INDUSTEX, las ventas de ésta han aumentado exponencialmente mientras se ha debilitado la posición relativa del resto de competidores reales y leales (folio 671). De este modo, indica que la entrada de nuevos competidores en este mercado es imposible y ha desplazado a un lugar residual a los que había con anterioridad a la emisión del anuncio (folio 672).

Esta Sala estima que las alegaciones de CEOSYCAR referidas a la limitación de la capacidad de competir de otras empresas con motivo de las actuaciones de INDUSTEX no pueden ser estimadas, por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, en el mercado de ahuyentadores eléctricos se observa la presencia de otros comercializadores de ahuyentadores electrónicos, tanto monoplagas como multiplagas. Así lo reconoce CEOSYCAR en su escrito de subsanación de su denuncia, de 24 de enero de 2014, al identificar la estructura del mercado afectado en este expediente señalando como oferentes de productos ahuyentadores a cinco proveedores, cuyos productos devienen sustitutivos (folio 26). Entre ellos, menciona al proveedor de la marca RIDDEX considerando éste como producto competidor de RADARCAN (marca de CEOSYCAR) en su escrito de denuncia (folio 26), aunque después, en su escrito de alegaciones a la PR, indique lo contrario al afirmar que *“Riddex no es un producto competidor del Pest Reject”*, con la finalidad de negar la entrada de éste como nuevo producto competidor en el mercado de ahuyentadores electrónicos en 2014, tal y como señala la DC en la PR (folio 669).

Por tanto, en segundo lugar, también se observa la entrada en el mercado de un nuevo producto, Riddex (comercializado por Best of TV Iberia S.L.), en 2014. Así se desprende de la información facilitada por los distribuidores de productos ahuyentadores electrónicos que confirma que, en 2014, RIDDEX irrumpió en este mercado con fuerza. De hecho, ALCAMPO afirma que este producto desplazó a Pest Reject hasta el punto de sustituirle (folio 249). Así, aunque Pest Reject era el artículo más vendido en este hipermercado, en 2014 el número de unidades vendidas de RIDDEX llegó casi a [...] el de Pest Reject. Ello supuso no sólo que los ingresos obtenidos por RIDDEX como consecuencia de dichas ventas prácticamente [...], sino que los ingresos por ventas de Pest Reject se redujeron [...] de los obtenidos en 2013. Posteriormente, Pest Reject se descatalogó de los lineales de ALCAMPO y fue sustituido completamente por RIDDEX (folio 249).

En sus alegaciones, CEOSYCAR justifica la imposibilidad de entrada de nuevos competidores en el mercado de ahuyentadores eléctricos por el bajo precio del producto Pest Reject. Sin embargo, contrastados los datos sobre volúmenes de negocio y unidades vendidas de CEOSYCAR e INDUSTEX, se observa cómo por un número similar de unidades vendidas, los ingresos de INDUSTEX [...] a los de CEOSYCAR. En el año 2012 este hecho se percibe con mayor claridad (folios 292 y 357 a 358).

Por último, en relación con que las ventas de INDUSTEX, en el período de la campaña publicitaria denunciada, hayan aumentado exponencialmente mientras se ha debilitado la posición relativa del resto de competidores reales y leales (folio 671), esta Sala

considera que constituye otra afirmación más de CEOSYCAR que ésta no ha sido capaz de probar. De hecho, cuando la DC le solicitó la aportación tanto de su cuota como de la de todos sus competidores, contestó que no le resultaba posible aportar tales datos (folio 48). Además, tal y como se analiza en el fundamento jurídico siguiente, entre 2012 y 2013 se aprecia cierta estabilidad tanto en los ingresos obtenidos por CEOSYCAR como en las unidades vendidas de RADARCAN. Es en 2014 cuando la venta de unidades e ingresos [...]. Pero estos efectos concurren también en INDUSTEX, que ve [...] sus unidades vendidas del producto Pest Reject y a la [...] los ingresos obtenidos de las mismas.

De este modo, en la medida en que CEOSYCAR no ha sido capaz de aportar datos o pruebas a lo largo de todo el expediente que avalen su argumento en relación con que la conducta de INDUSTEX impidió la entrada de nuevos competidores y debilitó la posición del resto de los competidores en el mercado de ahuyentadores eléctricos y que las pruebas obrantes en el expediente muestran lo contrario, no se puede concluir que INDUSTEX haya falseado la libre competencia mediante actos desleales, por lo que esta Sala acuerda desestimar estas alegaciones.

4.3. Sobre la afectación al interés público

Tal y como se ha indicado en la introducción de este fundamento jurídico, no toda conducta desleal es reprochable por la vía del artículo 3 de la LDC, sino que será necesario que, además de tratarse de una conducta desleal, falsee la competencia y afecte al interés público. En relación con este último, resulta necesario destacar la diferencia entre el objeto de la LDC y el de la Ley de Competencia Desleal. Así, si bien el de esta última consiste básicamente en la protección de los competidores, el objeto de la LDC es la salvaguarda del interés público, que puede verse afectado por conductas que incidan negativamente en el funcionamiento competitivo del mercado afectado.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala considera que en este expediente no puede afirmarse que la actuación denunciada afecte al interés público tutelado por la LDC por los siguientes motivos.

En primer lugar, ha de señalarse que, en función de la información recabada en el expediente puede decirse que el mercado de ahuyentadores electrónicos es un mercado de limitadas dimensiones y relevancia económica, que afecta a un número reducido de consumidores. Ejemplo de ello es que, en el último año del que se disponen datos, esto es, en 2014, las unidades vendidas entre INDUSTEX y CEOSYCAR no llegan a las [...] (folios 292 y 356 a 358).

Asimismo, se trata de un mercado en el que no existen barreras significativas de entrada a nuevos competidores, pues ni existe normativa sectorial específica aplicable a la fabricación y comercialización de los productos ahuyentadores ni resultaría elevada la inversión necesaria para acometer su fabricación y comercialización.

De este modo, se observa no sólo la presencia de otros comercializadores de ahuyentadores electrónicos, tanto monoplagas como multiplagas, sino también la entrada con fuerza en el mercado de un nuevo producto, Ridex, en 2014.

Por otro lado, la inversión necesaria para acometer su fabricación y comercialización tampoco resultaría elevada.

En base a ello, resulta cuestionable pues, que el anuncio televisivo denunciado haya tenido una influencia decisiva en el comportamiento de los consumidores y, por tanto, en la posición en el mercado de la denunciada. De hecho, aunque la denunciante alega que sus ventas han descendido durante el período en el que el anuncio de INDUSTEX ha estado publicitado, 2012-2014 (folio 27), de los datos aportados tanto por denunciada como por denunciante no se observan los efectos aludidos. Al contrario, dichos datos manifiestan que (i) los ingresos por ventas obtenidos por INDUSTEX en 2011 ya se acercaban mucho a los obtenidos por CEOSYCAR aunque ésta [...] unidades vendidas; (ii) durante la campaña, en 2012 ambas registraron [...] de unidades de venta, si bien mientras para INDUSTEX eso suponía mayores ingresos en relación con el ejercicio [...], CEOSYCAR veía [...]; y en 2013 el producto de INDUSTEX prácticamente [...], mientras que CEOSYCAR [...]; y, por último, (iii) en 2014, ambas sufrieron una reducción [...] tanto en el número de unidades de venta como en sus ingresos, pero mientras que para CEOSYCAR esa pérdida supuso [...], para INDUSTEX supuso más[...].

En consecuencia, INDUSTEX ya tenía una buena situación en el mercado con carácter previo al inicio de la campaña publicitaria denunciada y no se puede afirmar que CEOSYCAR se haya visto desplazada en sus ventas e ingresos durante la temporada de campaña publicitaria. En cambio, sí es posible afirmar que, las pérdidas tanto en ventas como en ingresos en 2014 fueron mayores para INDUSTEX que CEOSYCAR en relación con 2013.

No es, por tanto, posible apreciar que la disminución de ventas e ingresos de CEOSYCAR sea atribuible a INDUSTEX.

De hecho, el comportamiento de las ventas varía notablemente en función del distribuidor analizado: si bien en distribuidores como EL CORTE INGLÉS se produce un incremento de las ventas en los periodos de emisión de los anuncios, en MEDIAMARKET la emisión de los anuncios coincide con una notable reducción de las ventas de Pest Reject y con un incremento muy significativo de las ventas de los competidores. Asimismo, en ALCAMPO la emisión coincide también con una reducción de las ventas hasta llegar a la eliminación total del producto Pest Reject.

En todo caso, la preferencia de los consumidores por un producto capaz de ahuyentar a un número mayor de animales frente a los productos monoplaga resultaría una explicación alternativa plausible al éxito del Pest Reject.

A ello hay que añadir que la denunciante no ha acreditado en qué medida ha afectado negativamente la actuación de INDUSTEX al interés público.

En consecuencia, no es posible afirmar que la actuación denunciada haya producido una afectación al interés público tutelado por la LDC o una grave perturbación en los mecanismos que regulan el funcionamiento competitivo del mercado.

Por ese mismo motivo, tal y como indica la DC, la competencia para pronunciarse sobre si los actos denunciados constituyen o no actos de competencia desleal no corresponde a este organismo, sino bien a las autoridades de consumo, bien a los juzgados y tribunales de la jurisdicción ordinaria.

4.4. Sobre la retirada del anuncio y la rectificación de éste por parte de INDUSTEX

A lo anterior es necesario añadir que la denunciada dejó de emitir el anuncio el 2 de noviembre de 2014 (folio 456), tan sólo dos meses después de dictarse el acuerdo de incoación de este expediente.

Y, posteriormente, cinco meses después de la retirada del anuncio, cuando uno de sus mejores clientes en la distribución de Pest Reject le informó acerca de su interés en reanudar la emisión de los anuncios publicitarios de este producto para abril de 2015, INDUSTEX lo comunicó a la DC.

En esta comunicación, la denunciada exponía que había rectificado el guion del anuncio para su nueva emisión, con la finalidad de eliminar los aspectos más controvertidos de la campaña publicitaria. Así, el nuevo guion eliminó las alusiones referidas a que: (i) el producto actúa en relación a “toda clase de bichos” y que (ii) los efectos electromagnéticos de un solo aparato son eficaces para todo un piso, apartamento o nave de 200 m². Igualmente, añadió que el Pest Reject, a través de la tecnología de ultrasonidos, es eficaz contra moscas y mosquitos en la habitación en que se encuentra el dispositivo.

Mediante esta corrección INDUSTEX pretendía la modificación del anuncio en orden a no incorporar ningún elemento que pudiera tener la consideración de acto desleal y a eliminar las afirmaciones contradictoras con las instrucciones del producto y sus características reales. Sin embargo, CEOSYCAR en sus alegaciones a la PR (folio 669), sostiene INDUSTEX no ha modificado el contenido del anuncio en la forma anunciada, sino que la versión actualmente alojada en alguna web (<http://www.latiendaencasa.es>⁸) continúa induciendo a error en los consumidores en términos similares a la publicidad inicialmente denunciada.

Si bien el examen de la versión del anuncio actualmente disponible en la web aludida por CEOSYCAR permite identificar la continuidad en la misma de afirmaciones y alusiones a que “un solo Pest Reject” basta para proteger una casa entera, un piso o una nave, que son directamente contradictorias con las instrucciones del producto examinadas, la ausencia de la afectación al interés público tutelado por la LDC que ha sido examinada en el anterior apartado impide, como afirma la DC, poder apreciar la existencia de una práctica prohibida por el artículo 3 de la LDC. Por ello, en caso de existir o persistir dicha publicidad ilícita, su enjuiciamiento y sanción corresponde a los juzgados y tribunales de la jurisdicción civil o, en su caso, a las autoridades de consumo.

⁸ <http://www.latiendaencasa.es/terracea-y-jardin/A14915409-ahuyentador-pest-reject-2-unidades/>

Por todo lo que antecede, esta Sala entiende que dado que en el presente expediente no concurre ni el requisito de falseamiento de la competencia por actos desleales ni el de afectación del interés público, procede declarar no acreditada la existencia de prácticas prohibidas por el artículo 3 de la LDC.

QUINTO.- OTRAS CUESTIONES PLANTEADAS EN LA FASE DE CONSEJO

5.1. Sobre la solicitud de confidencialidad

En su escrito de alegaciones a la PR de CEOSYCAR solicita la confidencialidad de los documentos que anexa, aportando versión censurada de los mismos (folios 674 a 689).

En relación con ello, el apartado 23 de la *Comunicación de la Comisión relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo* (la Comunicación de la Comisión) señala expresamente que *“La información que haya perdido su importancia comercial, por ejemplo debido al paso del tiempo, ya no podrá considerarse confidencial. Por regla general, la Comisión presume que la información referente al volumen de negocios de las partes y a las ventas, los datos sobre cuotas de mercado y las informaciones similares que tengan más de cinco años han dejado de ser confidenciales”*.

Dado que las facturas anexadas al escrito de alegaciones a la PR de CEOSYCAR (documento nº 1) se encuentran datadas entre 2007 y 2009, habiendo transcurrido ya, pues, los cinco años a los que alude la mencionada Comunicación de la Comisión, se considera que han dejado de ser confidenciales. En consecuencia, esta Sala acuerda denegar la confidencialidad de las mismas.

Asimismo, en la medida en que los documentos nº 2 y nº 3 adjuntados al escrito de alegaciones a la PR de CEOSYCAR, contienen datos referidos a ejercicios recientes para los que no ha transcurrido el período de cinco años señalado, se acepta declarar su confidencialidad en los términos de las versiones censuradas de los mismos aportadas por la interesada.

A la vista de lo razonado en los anteriores Fundamentos de Derecho, en este caso procede que la Resolución del Consejo declare lo previsto en el apartado c) del artículo 53.1 de la LDC.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que no ha resultado acreditada la existencia de prácticas prohibidas por el artículo 3 de la LDC por parte de INDUSTEX, S.L. en relación con la emisión de una campaña publicitaria sobre su producto Pest Reject.

Resolver la confidencialidad instada en los términos señalados en el fundamento de derecho quinto.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.