

RESOLUCIÓN

(Expte. S 0105/08 EL CORRAL DE LAS FLAMENCAS)

Consejo:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a María Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 3 de diciembre de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente la Consejera D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo ha dictado la siguiente resolución en el expediente S 0105/08 EL CORRAL DE LAS FLAMENCAS, que trae causa en el escrito de denuncia presentado por D. Sabin J. Zubiri Cearra contra la empresa El Corral de las Flamencas S.L. por supuestas conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la fijación de precios de reventa.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 19 de septiembre de 2008, el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia, en cumplimiento del artículo 2.1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, informó a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de la denuncia presentada por D. Sabin J. Zubiri Cearra contra la empresa El Corral de las Flamencas S.L. por supuestas conductas prohibidas por la ley 15/2007, consistentes en la imposición a los distribuidores de sus productos de precios de venta al público obligatorios, sin admitir aumentos o reducciones de estos precios, proponiendo que fuera la CNC el organismo competente para conocer del caso.

En la misma fecha la Dirección de Investigación (DI) de la CNC estimó adecuada la propuesta del Servicio Vasco de Defensa de la Competencia (folios 1 a 11).

Con fecha 2 de octubre de 2008 se recibió del Servicio Vasco la documentación original del expediente (folios 12 a 20).

2. El 5 de noviembre de 2008 la DI acordó, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la Ley 15/2007, incoar expediente sancionador contra la empresa El Corral de las Flamencas S.L. por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, consistentes en la fijación directa de precios de venta al público fijos y obligatorios por parte de la empresa a sus distribuidores (folios 21 y 22).

3. Con fecha 17 de noviembre de 2008, la DI requirió a la denunciada información relevante para el esclarecimiento de los hechos (folios 40 y 41), a lo cual la empresa dio respuesta con fecha 24 de noviembre y 11 de diciembre de 2008 (folios 45 a 70 y 77 a 223).
4. Con fecha 15 y 17 de enero de 2009 la DI solicitó información a una muestra de distribuidores operativos en diferentes provincias del territorio español sobre su relación comercial con El Corral de las Flamencas (folios 233 a 235 y 310 a 341). Algunos de estos requerimientos hubieron de ser reiterados, de manera que la información solicitada no se completó hasta abril de 2009 (folios 278-282, 288-302, 343-368, 372-379, 390-402 y 414).
5. El 19 de enero de 2009, se requirió al denunciante información relativa a su relación comercial con la marca Flamenco (folios 237 a 238). Con fecha 22 de enero de 2009, se recibió la respuesta (folios 272 a 277).
6. Tras el análisis de la información recabada, de acuerdo con lo previsto en el art. 33.3. del RDC, la Dirección de Investigación notifica a los interesados su Pliego de Concreción de Hechos en el que argumenta que, a la vista de los Hechos Acreditados, la conducta de El Corral de las Flamencas consistente en la fijación directa de precios de venta al público a sus distribuidores, aún constituyendo una infracción tipificada en el artículo 1.1.a) de la Ley 15/2007, no es apta para afectar de manera significativa a la competencia. Considera la DI que en virtud del artículo 3 del RDC el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia puede declarar en este caso no aplicable el artículo 1 Ley 15/2007 (folios 448-454).
7. Con fecha 20 de abril de 2009, tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) escrito de alegaciones de El Corral de las Flamencas, en el que se propone el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento en curso (folios 405 a 411). Con fecha 4 de mayo de 2009 la DI denegó el inicio de la terminación convencional por considerar que no habría compromisos adecuados que pudieran resolver los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente (folios 418 a 421). Este Acuerdo de la DI fue recurrido por el denunciado el 20 de mayo de 2009 (R/0021/09), aunque unos días más tarde solicitó que se le tuviera por desistido del recurso presentado (folios 446 a 447). El Consejo procedió a dictar un Acuerdo con fecha 25 de junio de 2009 dando por desistida a la recurrente y archivando las actuaciones del expediente R/0021/09 (folios 516 a 525).
8. Con fecha 17 y 19 de junio de 2009 tuvieron entrada en esta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) las alegaciones del denunciado y del denunciante respectivamente al Pliego de Concreción de Hechos (folios 482 a 490 y folios 492 a 504).
9. De conformidad con el artículo 33.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, el 25 de junio de 2009 se procedió al cierre de la fase de instrucción del expediente sancionador, siendo notificado a los interesados dicho Acuerdo en la misma fecha (folio 507 a 514).
10. El 2 de julio de 2007 la DI dictó Propuesta de Resolución ratificándose en su propuesta de que en virtud del artículo 3 del RDC, el Consejo declare no aplicable a la conducta el artículo 1 Ley 15/2007. Dicha propuesta fue notificada a las partes.
11. Con fecha 20 de julio de 2009 el denunciante presentó alegaciones a la Propuesta de la DI y propuso prueba. Las alegaciones del denunciado se recibieron con fecha 27 de julio de 2009. Una vez recibidas las alegaciones, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 50.5 de la Ley 15/2007, la DI dio traslado del expediente al Consejo junto con su Informe Propuesta.

12. El Consejo deliberó y falló sobre el asunto en su reunión de 25 de noviembre de 2009 y conforme al artículo 51.5 de la Ley 15/2007 procede dictar resolución.
13. Son interesados:
 - El Corral de las Flamencas S.L.
 - D. Sabin J. Zubiri Cearra

HECHOS PROBADOS

1. La empresa El Corral de las Flamencas S.L., es una sociedad fundada en enero de 2000, cuyo objeto es el diseño, importación y comercialización de ropa y accesorios de moda para mujeres y niñas. Vende prensas de ropa bajo la marca Flamenco. No cuenta con instalaciones propias de fabricación, sino que subcontrata la fabricación de sus productos a empresas especializadas en el sector textil localizadas en China e India (folio 225). A finales de 2008 contaba con un total de 14 empleados (folio 226).

Sus productos empezaron comercializándose a través de terceros en tiendas multimarca, hasta abril del 2008, cuando se inauguró su primer establecimiento (folio 228). Sus ventas se producen fundamentalmente en España (folio 229).

La cuota de El Corral de las Flamencas S.L. en el conjunto del sector de la confección textil en España, según un estudio sobre el sector de la distribución de confección en España en el año 2008 elaborado por la consultora DBK, es en torno al 0,02%. Según la propia empresa, compite con una variado perfil de comercios, desde grandes grupos fabricantes de ropa que poseen puntos de venta propios (Grupo Cortefiel, Grupo Inditex, Grupo Caramelo, Grupo Adolfo Domínguez, Hoss ntropía, Gocco, Neck & Neck, etc...) hasta pequeños empresarios de perfil similar al de la empresa denunciada (folio 230). Incluso aunque se tomaran como relevantes ámbitos más estrechos dentro del mercado de fabricación y comercialización de prendas textiles, la cuota de El Corral de las Flamencas no sería significativa (folio 84).

2. El denunciante, D. Sabin J. Zubiri Cearra, es el propietario del establecimiento “Zubiri”, ubicado en la ciudad de Bilbao, en el que vende, entre otras, prendas de la marca Flamenco.
3. El Corral de las Flamencas no utiliza un contrato tipo de distribución para comercializar sus productos, sino que opera bajo pedidos. Éstos se regulan en las “Condiciones Generales de Contratación” (pedido mínimo, modificaciones, anulación de pedidos, forma de pago, forma de entrega, gastos de transporte, procedimiento en caso de incidencias, etc.), condiciones que se proponen a los eventuales adquirentes y que se suscriben cada vez que se efectúa un pedido (folios 112 a 114). En las respuestas a los requerimientos de información realizados a comercios se observa que la relación de muchos de ellos con la empresa denunciada es esporádica, decidiendo si adquieren o no su género incluso por temporadas. De hecho, “El Corral de las Flamencas” facilitó a la DI un listado con más de 600 establecimientos, comprobándose. en el curso de la investigación, que no mantiene con todos ellos relaciones comerciales en la actualidad, aunque figuren en su lista de contactos.
4. Para la realización de los pedidos “El Corral de las Flamencas” entrega a los clientes las denominadas “hojas de pedido”, en las que se relacionan los distintos productos que integran la colección, indicándose en las mismas el precio de venta que viene desglosado de la siguiente manera: por un lado, el precio al que la empresa vende al distribuidor (PV) y, por

otro lado, el precio de venta al público (PVP). Éste último figura sólo en el albarán, pero no en la factura al distribuidor, en la que sólo se recoge el PV (folio 19). Los clientes se sirven de estas hojas para encargarse con cierta antelación a “El Corral de las Flamencas” el producto y cantidades del mismo que desean.

5. La empresa envió al denunciante un correo electrónico el 7 de agosto de 2008, cuyo texto decía: “*Precio venta al público obligado*”

Estimado cliente:

Con objeto de establecer una política comercial unificada, FLAMENCO indica en todos los productos los PVP que deben aplicarse en todos sus puntos de distribución.

Por este motivo les pedimos, que respeten estos precios a la hora de marcar la colección FLAMENCO en sus tiendas.

Flamenco se reserva el derecho de servir los pedidos, si no se respetan los precios establecidos (...)” (folio 20).

6. La DI resume de la siguiente manera las respuestas obtenidas a los requerimientos formulados a diversos distribuidores:

“4. De la información remitida a la DI por los 26 distribuidores de El Corral de las Flamencas a los que se les ha solicitado, elegidos aleatoriamente entre las más de 600 direcciones facilitadas por la empresa, han respondido 25 y a partir de estas respuestas han quedado acreditados los siguientes hechos:

a. Por una parte, distribuidores que mantienen desde hace años relación comercial con la empresa, han afirmado que cuando se inició la misma, en las hojas de pedido o albarán venía marcado el PV fijo y el precio PVP recomendado y varias temporadas después comenzó a aparecer el PVP obligado. En la factura sólo figuraba el PV.

b. Cinco distribuidores afirman no tener relación comercial con El Corral de las Flamencas:

- 1 de ellos especifica que sólo hizo compras a través de Internet en tres ocasiones, siendo los PVP fijos;

- 3 aclaran que no tienen relación comercial con esa entidad;

- 1 no tiene relación comercial actualmente, aunque asegura que, mientras la tuvo, la empresa daba una lista con los “precios de venta aconsejados”.

c. De los 20 distribuidores restantes, con relación comercial actualmente:

- 17 reconocen la existencia de los PVP obligatorios, que se reflejan en las hojas de pedido o albaranes y también en los catálogos;

- 10 de ellos consideran que el PVP que figuraba en las hojas de pedido era un precio recomendado por Flamenco, que marca ese precio para todos los establecimientos. Algunos de ellos aseguran que lo modifican a su conveniencia y nunca han tenido problemas ya que nunca la firma ha tratado de imponerles los precios;

- 3 reconocen haber sido presionados verbalmente y/o a través de un correo electrónico (el mismo que el aportado por el denunciante) enviado por El Corral de las Flamencas, que ha especificado en las hojas de pedido el PVP obligatorio y ha

enviado información a los distribuidores para que los precios fuesen iguales en todos los puntos de venta y así llegar a ajustar y unificar los precios.”

7. Ha quedado acreditado por la empresa denunciada el envío de forma generalizada a sus distribuidores de un correo, de fecha de 11 de diciembre de 2008 (una vez incoado el expediente), cuyo texto dice lo siguiente:

“(…) a fin de aclarar los malentendidos que pudieran estar surgiendo al respecto, nos gustaría dejar claro que el Corral de las Flamencas nunca ha fijado ni ha tenido la intención de fijar los precios de reventa de los productos de la marca Flamenco. Como sabes la empresa entrega a aquellos clientes interesados en adquirir nuestras prendas una hoja de pedido, en la que se establece el precio de venta de cada uno de los artículos (PV) y el precio de venta al público (PVP) que se utiliza como referencia para que los clientes conozcan el precio máximo al que puede comercializarse cada producto (…)” (folios 284-286 y 366-367).”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente expediente se dirime si El Corral de las Flamencas ha incurrido en una práctica de fijación de precios de reventa y si la misma debe considerarse prohibida y sancionarse.

La DI considera que *“Ha quedado acreditado en el expediente, tanto por parte del denunciante como de otros distribuidores que El Corral de las Flamencas marcaba en las hojas de pedido, albaranes o catálogos los precios de venta al público fijos que debían aplicar sus distribuidores y esos precios eran fijos y obligatorios, como lo demuestra el correo electrónico enviado al denunciante y a otros distribuidores, así como las declaraciones de una mayoría de los distribuidores consultados. Por lo tanto, El Corral de las Flamencas habría incurrido en una infracción del art. 1.1.a) de la LDC por la fijación de precios de venta al público”.*

Considera la DI que aunque la fijación de precios de reventa este tipificada como infracción, en este caso la conducta analizada no es apta para afectar de manera significativa a la competencia dadas las características del sector textil, la posición de El Corral de las Flamencas en el mismo, el escaso impacto de la imposición de precios sobre la competencia intermarca e intramarca y el hecho de que no existen indicios de redes paralelas de acuerdos de fijación de precios de reventa de prendas textiles. Por ello, concluye la DI que *“... aún cuando la fijación de precios de venta al público por parte de El Corral de las Flamencas constituye una infracción del art. 1.1.a) de la LDC, teniendo en cuenta el contexto económico en el que se produce, no parece una conducta apta para afectar de manera significativa a la competencia”.* En consecuencia propone *“en virtud del artículo 3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia declare, atendiendo al contexto económico en el que se desarrolla la conducta, que no es apta para afectar de manera significativa la competencia, por lo que no le resulta de aplicación el artículo 1 LDC”.*

El denunciante insiste en que El Corral de las Flamencas ha fijado de forma directa los precios de venta al público de sus distribuidores, lo que constituye una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007. Solicita como prueba que se oficie a aquellos 17 distribuidores de El Corral de las Flamencas a los que se hace referencia en el primer apartado de la letra c) del número 4 de los Hechos Acreditados del Pliego de Concreción de Hechos (Hecho Probado 6 de la presente

Resolución) “...que reconocieron la existencia de PVP obligatorios, así como a aquellos otros tres que reconocieron haber sido presionados verbalmente y/o a través de un correo electrónico enviado por El Corral de las Flamencas, al objeto de que manifiesten si en algún momento se les llegó a denegar el suministro o, cuando menos, se les advirtió que, de no respetar los precios impuestos por la administradora, se le retiraría”.

Considera que si se ha constatado la existencia de una actividad constitutiva de una infracción, debe perseguirse la misma, “de manera que el hecho de que tal infracción haya tenido una repercusión mayor o menor pueda tomarse en consideración a la hora de determinarse el tipo de la sanción a imponer, pero no para dejar impune una actuación que se ha constatado conculca la Ley de Defensa de la Competencia...”.

Por su parte, la denunciada manifiesta que nunca ha fijado ni ha tenido la intención de fijar los PVP y que su conducta no tiene por objeto restringir la competencia en el mercado. Las referencias a los PVP que aparecen en las hojas de pedido no pueden considerarse un precio mínimo o fijo, sino un precio máximo que se emplea como mera referencia. Por otro lado, aun en el caso de que se considere que ha existido una práctica de fijación del precio de reventa, ésta no ha tenido efecto sobre la competencia en el mercado ni es apta para tenerlo. Por último, señala que no ha mediado represalia alguna hacia el denunciante, sino que fue el propio denunciante quien anuló el pedido tras poner de manifiesto que no tenía interés en trabajar con El Corral de las Flamencas. Solicita que, caso de que la CNC desee continuar con la tramitación del expediente, se acuerde la celebración de una vista oral con arreglo a lo establecido en el 51.3 de la Ley 1572007.

SEGUNDO. El Consejo considera que ha quedado acreditado que El Corral de las Flamencas ha tratado de fijar el precio de reventa a sus distribuidores. Esta empresa se relaciona con sus clientes fundamentalmente a través de órdenes de pedido. En ellas figura expresamente, además del precio que el distribuidor tiene que pagar a El Corral de las Flamencas, la cuantía del precio de venta al público, esto es, el precio de una transacción en la que El Corral de las Flamencas no es parte directamente implicada. Esta información sin duda indica a qué importe espera la denunciada que se realice la transacción minorista. De hecho eso es lo que interpretan buena parte de los distribuidores que mantienen una relación comercial con El Corral de las Flamencas (Hecho Probado 6). En ningún momento se ha acreditado que, con carácter previo a la incoación del expediente la denunciada haya dado a entender a sus distribuidores que ese PVP se trata de un precio máximo o de un precio de referencia. Por el contrario, sí se ha constatado que en algunos casos, la empresa se ha comunicado con sus distribuidores para subrayarles el carácter obligatorio de tales precios (Hecho Probado 5).

Luego se concluye que El Corral de las Flamencas ha desarrollado una conducta tendente a fijar a los distribuidores el precio al que debían vender los productos de la marca Flamenco. Cuestión aparte es la eficacia que dicha conducta ha podido tener.

TERCERO. La conducta descrita ha tenido lugar después de la entrada en vigor de la Ley 15/2007 o, al menos, no se ha acreditado que la misma se haya producido antes de la entrada en vigor de dicha Ley.

El artículo 1 de la Ley 15/2007 establece lo siguiente:

“Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir,

restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

(...)”

A su vez, el artículo 5 de la Ley 15/2007 establece respecto a las Conductas de menor importancia lo siguiente: *“Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado”.*

El Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) ha venido a establecer esos criterios para la delimitación de las conductas de minimis. En su artículo 1 delimita las conductas de menor importancia atendiendo a la cuota de mercado. Entre otras, se incluyen entre ellas las conductas entre empresas que no sean competidoras, ni reales ni potenciales, cuando la cuota de mercado de cada una no exceda del 15 por ciento en ninguno de los mercados relevantes afectados.

El RDC en su artículo 2 exceptúa ciertas conductas de la aplicación de la exención de minimis, aun cuando por la cuota de mercado de las empresas intervinientes pudieran considerarse de menor importancia. Entre ellas, en el apartado a) del párrafo segundo de dicho artículo se incluye el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo al que haya de ajustarse el comprador. La normativa considera que la fijación de precios de carácter vertical es apta para causar un perjuicio a la competencia. Por ello, siguiendo de cerca a la Comunicación de Minimis de la Comisión Europea, el artículo 2 del RDC excluye este tipo de conducta del concepto de menor importancia por cuota, impidiendo su exención automática.

Sin embargo, dada la naturaleza vertical de esta conducta, su exclusión de la regla de minimis -o de la exención en bloque a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (apartado 62 de las Directrices relativas a las restricciones verticales)- no impide su análisis individual para verificar la existencia de efectos apreciables contrarios a la competencia y, en su caso, para que las empresas puedan aportar sus alegaciones de eficiencia. El Consejo entiende que en aquellos casos en que la fijación de precios de reventa no tenga capacidad de afectar significativamente a la competencia en el mercado puede resultar de aplicación el artículo 3 del RDC que dice:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores y a efectos de lo establecido en los artículos 5 y 53.1.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá declarar no aplicables los artículos 1 a 3 de la citada Ley a las conductas que, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia”.

CUARTO. El Consejo considera correcto el análisis que la DI realiza acerca de la falta de aptitud de la conducta desarrollada por El Corral de las Flamencas para afectar a la competencia. Se trata de una empresa con una cuota de mercado poco significativa, inferior al 1%, en un mercado relativamente atomizado donde no se aprecia la existencia de redes paralelas de

acuerdos. La empresa distribuye a través de una red de venta diseminada, sujeta a la competencia intermarca y frente a la que tiene escaso poder negociador, lo que resta efectividad a la conducta. En estas condiciones la conducta no es apta para afectar de manera significativa a la competencia.

En vista de ello, procede declarar no aplicable el artículo 1 a la conducta en virtud de lo establecido en los artículos 5 y 53.1.b) de la Ley 15/2007 y 3 del RDC.

QUINTO. La prueba propuesta por el denunciante tenía como propósito evidenciar que el denunciado ha tratado de fijar de forma directa los precios de venta al público de sus distribuidores. Como ha quedado de manifiesto en el Fundamento de Derecho Segundo, este extremo no se discute, por lo cual el Consejo ha considerado la práctica de la prueba propuesta innecesaria.

El Consejo tampoco ha considerado procedente atender a la solicitud de vista del denunciado. Teniendo en cuenta que es potestad suya acordar su celebración cuando lo considere adecuado para el examen y el enjuiciamiento del objeto del expediente (art. 19 del RDC), en este caso no lo ha considerado necesario para esclarecer los hechos o mejor formar su valorar jurídica sobre el asunto.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

RESUELVE

ÚNICO.- Declarar que, en virtud del artículo 5 de la Ley 15/2007 y del artículo 3 del RDC, la prohibición del artículo 1 de la Ley 15/2007 no se aplica a la conducta denunciada, consistente en la fijación de precios de reventa por parte de El Corral de las Flamencas a sus distribuidores.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.