

Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia

(Expte. A 238/98, Arte Funerario Madrid)

■ En Madrid, a 26 de mayo de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Franch Meneu, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 238/98 (1795/98 del Servicio de Defensa de la Competencia) iniciado como consecuencia de la solicitud de autorización singular formulada por Arte Funerario Madrid, S.L. para un acuerdo de cooperación de empresas en la oferta de servicios de arte funerario.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 24 de abril de 1998 tuvo entrada en la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia escrito firmado por D. Pablo Martín Calleja, en nombre y representación de la entidad Arte Funerario Madrid, S.L., formulando solicitud de autorización singular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), para un acuerdo de cooperación en la oferta de servicios de 17 artesanos-empresarios, empresas y comerciantes individuales que se dedicaban, entre otras actividades, a la actividad de arte funerario (nichos e inscripciones).

En dicha solicitud se indica, entre otras cosas, que la sociedad Arte Funerario Madrid, S.L. se ha constituido para poder desarrollar la actividad de los partícipes en la misma de una forma más homogénea, intercambiando opiniones y experiencia, negociando directamente con las compañías de seguros, con las Empresas Funerarias, realizando ofertas conjuntas de publicidad centralizada y, en definitiva, mejorando la calidad y el servicio y beneficiando con ello la competencia en el mercado.

Se indica también que «las ofertas para los empresarios del sector viene directamente de las Compañías de Seguros y de las contrataciones libres». También que «los partícipes tienen su negocio independiente y no forman parte de ningún grupo de empresas». «Arte Funerario Madrid, S.L., una vez conseguido contratos, similar a un centro de compras, lo que hace es darlo a sus asociados para que lo realicen...».

Se acompaña la escritura de constitución de la sociedad con un capital social de 510.000 pesetas.

2. El 29 de abril de 1998 el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio) requiere a la solicitante que aporte información complementaria necesaria para su admisión a trámite.

El 19 de mayo de 1998 es contestado tal requerimiento, pero el Servicio entiende todavía incompleta la información aportada por lo que se le solicita de nuevo con fecha 26 de mayo. Contestado el último requerimiento debe entenderse que la solicitud ha sido presentada en forma el 11 de junio de 1998.

3. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 38.3 de la LDC y 5 del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero (BOE de 29 de febrero de 1992), y con el fin de oír la opinión de cuantos tengan interés en el asunto objeto del expediente, se formuló por el Servicio nota-extracto a efectos del trámite de información pública que fue publicada en el BOE número 149 del martes 23 de junio de 1998.

4. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 38.4 de la LDC y artículo 5 del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, el

16 de junio de 1998 se remitió fotocopia de la solicitud de la autorización con el fin de que fuera emitido el informe de carácter preceptivo del Consejo de Consumidores y Usuarios previsto en el artículo 22.5 de la Ley 26/1984, de 19 de julio.

En dicho informe, emitido con fecha 31 de julio de 1998, entre otras consideraciones se dice:

«El Consejo de Consumidores y Usuarios no comparte el punto de vista de la solicitante cuando textualmente indica que: "Una de las ventajas es que el precio, al venir fijado por las Compañías de seguros, la negociación siempre es mejor hacerla una única sociedad que 17, y por ello se pueden obtener unas ventajas en cuanto a precio, servicio, etcétera. que en definitiva llega al consumidor final".»

También señala que: *«no puede estar a favor de una fijación de precios en un mercado libre en el que no existen intervenciones administrativas especiales (salvo las relativas de acceso al mercado por medio de licencias y las dimanantes de la salud pública), sino de una formación libre del mismo en virtud de la eficiencia que puedan tener las empresas en el mercado.»*

Considerando por último *«que en el presente supuesto no existe ninguna ventaja de la que puedan participar los consumidores y/o usuarios por la celebración del acuerdo, y en contrapartida considera que la conclusión del mismo conlleva restricciones a la competencia; por ende informa desfavorablemente la presente solicitud.»*

5. Con fecha 13 de julio de 1998 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia emitió el informe correspondiente en el que se concluye, con respecto a la calificación, que el Servicio de Defensa de la Competencia estima que el Acuerdo de cooperación notificado por la sociedad Arte Funerario Madrid, S.L. no es susceptible de autorización al amparo del artículo 3.1 de la Ley 16/1989.

Se señala primero en dicho informe que, por parte de los solicitantes, no se ha definido con claridad cuál es la práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC para la que se solicita autorización, a pesar de que se ha tratado por dos veces de subsanar tal deficiencia.

Se indica también que: *«la creación de la SOCIEDAD es un acuerdo entre empresas, cuyo efecto es restringir la competencia en el mercado de los servicios funerarios, en el que las empresas que han constituido la misma manifiestan tener, aproximadamente, una cuota de mercado en Madrid del 19 por 100 y, como tal acuerdo, debe estudiarse a la luz de lo prescrito en los artículos 1, 3 y 4 de la LDC.»*

Debe señalarse, así mismo, que varias de las empresas que han constituido la SOCIEDAD y que ahora solicitan autorización, en concreto cinco de ellas, estuvieron incursas en el expediente número 1.329/96 (404/97 TDC) como miembros de AEPYM por un posible acuerdo horizontal de homogeneización de precios y reparto de mercado.

La respuesta obtenida no permite a este Servicio conocer cuál va a ser la política a seguir por la SOCIEDAD.

En lo relativo a precios, existen dos frentes diferentes; por una parte las compañías de seguros y por otra los particulares. Con respecto a las compañías de seguros (65 por 100 del mercado total), en el escrito de 19 de mayo (folio 77) afirma el solicitante que los precios vienen fijados por las citadas compañías sin que ellos puedan tener ninguna posibilidad de influir en los mismos, mientras que en el escrito inicial (folio 4) considera que pueden obtener ventajas en cuanto a precios, al negociar una sociedad en lugar de diecisiete, lo que permite aventurar que las



SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

diecisiete empresas van a homogeneizar sus precios. La indefinición con respecto a las contrataciones libres (35 por 100 del mercado) es aún mayor y, únicamente, hacen una referencia al criterio de «calidad-precio» sin definir el contenido de éste».

Se afirma por último que: «Los acuerdos horizontales de homogeneización de precios constituyen una de las más graves infracciones del artículo 1 de la LDC y junto a este acuerdo de precios se presume la existencia de diversas restricciones, publicidad conjunta, política comercial, etcétera, sin que se hayan aportado en el escrito de solicitud, ni este Servicio considera que existan, razones que justifiquen que el presente acuerdo va a reportar beneficios al mercado que aconsejen su autorización».

6. Por Providencia de 15 de julio de 1998 y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 del Real Decreto 157/1992 se admitió a trámite el expediente en el Tribunal y se designó Ponente a D. Felipe Bermejo Zoffo quien cesó en virtud del Real Decreto 380/99, de 5 de marzo (BOE de 6 de marzo de 1999) nombrándose a D. José Juan Franch Meneu en su sustitución.

El 9 de abril de 1999, finalizado el período probatorio sin que se aportaran pruebas ni alegaciones, se procedió, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41.1 de la LDC, a poner de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan conclusiones en el plazo de quince días. No se recibió escrito de conclusiones.

7. El Pleno del Tribunal deliberó y falló sobre esta autorización en su sesión del 13 de mayo de 1999.

8. Es interesada Arte Funerario Madrid, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se trata en el presente expediente de que el Tribunal se manifieste sobre la pertinencia de una posible autorización del acuerdo de 17 operadores económicos que se dedican, entre otras actividades, a la del arte funerario (nichos e inscripciones), materializado en la constitución formal de la sociedad Arte Funerario Madrid, S.L. con un capital social de 510.000 pesetas, y sin que los partícipes, que tienen otras empresas independientes dedicadas a la misma actividad, cesen en dichas operaciones económicas para integrarlas en la misma sociedad.

2. El principio de la independencia de comportamiento de los operadores económicos es uno de los pilares sobre los que descansa el edificio de la defensa de la competencia que deriva de los artículos 33 y 38 de la Constitución Española referidos a los derechos de propiedad solvente y bien establecida, con su función social, y al ejercicio libre de la actividad empresarial. Sin la autonomía que proporciona la propiedad no hay posibilidad de acometer proyectos empresariales, y sin agentes empresariales no se puede hablar de competencia porque faltaría la sustancia activa personal de la trama competitiva.

Es lógico entonces que la transgresión del artículo 1 de la LDC, dedicado a las conductas prohibidas, sea especialmente grave para el desarrollo competencial como ha puesto de relieve tantas veces el Tribunal al imponer las sanciones más rigurosas por estos comportamientos nocivos. Preservando esa autonomía de la conducta de cada operador, 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 mediante fijación directa o indirecta de precios o de otras condiciones comerciales, limitando la producción o la distribución, repartiendo el mercado o las fuentes de aprovisionamiento, etcétera.

3. Arte Funerario Madrid, S.L., que tiene como actividad la explotación, colocación, distribución y venta de piedra y mármol, con ámbito territorial de actuación en la Comunidad de Madrid,

atendiendo, incluso únicamente, a sus escritos aportados a lo largo del procedimiento, y en los que se observan graves contradicciones y confusiones, parece incurrir o tiene el peligro de hacerlo, en transgresiones del citado artículo 1 de la LDC junto con todos sus partícipes. Así se dice, por ejemplo, que «Arte Funerario Madrid, S.L. una vez conseguidos contratos, similar a una central de compras, lo que hace es darlo a sus asociados para que lo realicen, y ello sin realizar ninguna infracción de la legislación vigente, puesto que no hay abuso de posición dominante, ... ni reparto de mercado...».

Se afirma también que se hace «para poder desarrollar la actividad de los partícipes en la misma de una forma mucho más homogénea, intercambiando opiniones y experiencia, negociando directamente con las Compañías de Seguros, con las Empresas Funerarias, realizando ofertas conjuntas de publicidad centralizada...» y que «con respecto a la autonomía, la misma se rige por la decisión de los socios y lo único que acuerdan y deciden es lo referente a las acciones comerciales conjuntas, de desarrollo del negocio, siendo la sociedad Arte Funerario Madrid, S.L. la entidad que actúa como interlocutor de todos los componentes de la misma».

4. Es necesario entonces estudiar la posible autorización singular al amparo del artículo 4 de la LDC en los supuestos y con los requisitos previstos en el artículo 3. El Tribunal puede autorizar los acuerdos prohibidos por el artículo 1 que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico, pero siempre que permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas, no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y no consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Considerando estos requisitos necesarios no es posible conceder la autorización en este caso puesto que, al limitar la competencia creando un ámbito de colusión para fijar precios y condiciones, no sólo no permite a los usuarios y clientes potenciales participar de sus ventajas, sino que les puede perjudicar notablemente, especialmente a los particulares. El acuerdo consiente, e incluso propicia, que las empresas partícipes tengan la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Entiende el Tribunal entonces, tal y como también es expresado por el Servicio, que no se está pidiendo autorización para la creación de una empresa en participación con autonomía comercial y financiera para el desarrollo de actividades, para lo cual se necesitarían unos recursos propios superiores y la desvinculación e independencia respecto a los partícipes, sino que se trata de un acuerdo de cooperación para las denominadas por la solicitante «acciones comerciales conjuntas», venta en común, publicidad en común, etcétera, y que dicho acuerdo se ha planeado y concretado en la creación de la sociedad Arte Funerario Madrid, S.A., sociedad puramente instrumental.

Por todo ello, vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Denegar la autorización singular solicitada por Arte Funerario Madrid, S.L. para el acuerdo de cooperación en la oferta de servicios funerarios e interesar al Servicio para que vigile que no se incurra en conductas prohibidas en dicho sector.

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



SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

(Expte. 437/98, Vileda/Tervi)

■ En Madrid, a 26 de mayo de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Luis Berenguer Fuster, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 437/98 (1258/95 del Servicio de Defensa de la Competencia) iniciado por denuncia de Vileda Ibérica Sociedad en Comandita contra Tervi, S.A., por la existencia de unos contratos de licencia exclusiva de know-how y marcas, con cláusula de aprovisionamiento en exclusiva, en el sector de productos de limpieza y lavado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En fecha 30 de julio de 1998 tuvo entrada en el Tribunal el presente expediente instruido por el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio) que concluía con el Informe-Propuesta que contenía las siguientes proposiciones:

«1ª. Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, imputable a las empresas Royal Chemical, S.A. y Tervi, S.A., consistente en la suscripción de un contrato de licencia exclusiva de know-how y de compra exclusiva con un período de vigencia de treinta años.

2ª. Que se imponga a las citadas empresas la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución que se dicte en el BOE y en uno de los diarios de mayor circulación en España.

3ª. Que se adopte cualquier otro pronunciamiento previsto en el artículo 46 de la Ley 16/1989».

2. Por Providencia de fecha 9 de septiembre del mismo año el Tribunal admitió a trámite el expediente, poniéndolo de manifiesto a los interesados para que propusieran pruebas y pudieran solicitar la celebración de Vista.

3. En el plazo concedido al efecto, la representación de Tervi, S.A. propuso la práctica de las siguientes pruebas:

1) Las interesadas en el escrito de 22 de mayo de 1998 dirigido al Servicio, sobre las que el Servicio no proveyó:

Que se requiera a Vileda para que facilite la siguiente información:

— Cifra de negocios total, correspondiente a cada uno de los ejercicios transcurridos desde 1992 a 1997, inclusive.

— Transcripción certificada de todos los acuerdos adoptados por sus Organos de Gobierno relativos a la distribución de los productos Nuclear y a las marcas Nuclear, desde 1992 hasta la fecha.

— Anexo V del contrato de distribución de 12 de diciembre de 1991, suscrito con Trillo y Roca S.R.L.

2) Para el supuesto de que el Tribunal considerara necesaria la confirmación de los datos obrantes en las publicaciones que han sido aportadas al expediente, en lo atinente a acuerdo de menor importancia atribuible a la relación entre Tervi y Royal Chemical, S.A., deberá oficiarse a la Asociación Empresarial o al Gremio español de Jabones o a A.C. Nielsen para obtener la información referente al mercado significativo de los detergentes o de los aditivos blanqueadores.

En el mismo escrito se solicitaba la celebración de Vista.

4. Los restantes interesados dejaron transcurrir el plazo sin formular propuesta alguna.

5. El Tribunal por Auto de 26 de octubre de 1998 rechazó la práctica de las pruebas propuestas por Tervi, por considerar que no guardaban relación con el expediente y por no necesitar confirmación los datos obrantes en las publicaciones aportadas.

En el mismo Auto se concedió un plazo de 15 días a los interesados para la formulación del escrito de conclusiones, al no acceder a la celebración de la Vista solicitada.

6. Dentro del plazo concedido al efecto, formularon sus conclusiones la totalidad de los interesados.

Por la representación de Vileda se argumentó que en las relaciones que ligan a Tervi y Royal Chemical existen fundamentalmente tres contratos: un contrato de cesión del uso de las marcas Nuclear que constituye un contrato de licencia de marcas; en segundo lugar, un contrato de licencia exclusiva de secreto industrial; y, finalmente, un contrato de suministro con cláusula de aprovisionamiento exclusivo. Estos contratos contienen restricciones de la competencia y no pueden acogerse a las exenciones por categorías reguladas en el Real Decreto 157/1992, ya que su duración (treinta años) supera considerablemente el plazo máximo permitido en los Reglamentos Comunitarios a que se remite el indicado Real Decreto.

7. La representación de Royal Chemical argumentó en términos similares sobre la existencia de los tres contratos y la imposibilidad de acogerse a la exención por categorías, al tiempo que solicitaba que no se le impusiera sanción alguna ya que Royal Chemical no había sido autora del contrato e incluso había intentado su nulidad por diversas vías.

8. Finalmente, la representación de Tervi consideró que existía un único contrato que carecía de efectos restrictivos sobre la competencia y que, en cualquier caso, se trataba de un asunto de escasa importancia.

9. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en su sesión plenaria de 23 de febrero de 1999, deliberó y adoptó la presente Resolución, encargando su redacción al Vocal Ponente.

10. Son interesados:

- Tervi, S.A.
- Vileda Ibérica Sociedad en Comandita
- Royal Chemical, S.A.

HECHOS PROBADOS

1. El día 8 de marzo de 1973 (folios 73 y ss.) D. Luis Trillo Blanc, actuando en nombre propio y en representación de la mercantil «Olimpia y Nuclear, S.A., por una parte, y, por la otra, la sociedad francesa Tervi, S.A. otorgaron un contrato en virtud del cual el Sr. Trillo concedía a Tervi la explotación exclusiva de las cuatro marcas de su propiedad (Blanco Eterno Nuclear, Nuclear, Lavastatic y Belblan) así como un compromiso de fabricación exclusiva de los productos identificados por esas marcas. La licencia se pactaba por un período de treinta años a partir del 1 de enero de 1972 y para el territorio de Francia, Bélgica y Luxemburgo, si bien posteriormente las partes acordaron extenderlo a Alemania, Suiza, Austria, Holanda e Italia.

En fecha 6 de mayo de 1985 las partes modifican el ámbito territorial del contrato, dejándolo reducido a Bélgica, Luxemburgo, Alemania, Suiza, Holanda e Italia. (folios 78 v. y 79).

Nuevamente, en fecha 10 de mayo de 1989 se produce una modificación del contrato (folios 79 v. y ss.) por el que se concedía a Tervi el derecho exclusivo de fabricación del producto que sería destinado a España, Portugal y Andorra. En el mismo contra-



S E C C I O N
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

to el licenciante aseguraba a Tervi la fabricación de una cantidad mínima de 450 toneladas anuales.

2. En el año 1988 D. Luis Trillo constituyó una sociedad con el nombre Trillo y Roca S.R.L. a la que aportó las marcas de su propiedad. La totalidad de las participaciones de esta sociedad fue adquirida por Royal Chemical, S.A., que asumió la totalidad de los derechos y obligaciones que le correspondían a Trillo y Roca S.R.L.

3. Desde el 12 de diciembre de 1991 la distribución exclusiva en España, Portugal y Andorra de los productos marca Nuclear corresponde a Vileda Ibérica, S.A. S. en C. En la misma fecha la distribuidora concedió a la propietaria de las marcas Trillo y Roca S.R.L. un préstamo de 250 millones de pesetas garantizado por una hipoteca mobiliaria constituida sobre las marcas propiedad de esta sociedad.

4. En la actualidad la venta de los productos Nuclear es muy reducida y queda limitada casi exclusivamente al territorio español. El producto lo fabrica Tervi para Royal Chemical y lo distribuye Vileda.

5. En el año 1994 Royal Chemical dejó de solicitar a Tervi la fabricación de los productos y promovió ciertas acciones para obtener la nulidad de los contratos. Al no haber obtenido éxito en sus pretensiones, tuvo lugar una transacción entre Royal y Tervi en cuya virtud la cantidad mínima de compra anual de los productos fabricados por Tervi quedaba reducida a 300 toneladas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La primera cuestión que debe analizarse ha de estar referida a la dimensión del mercado afectado. El Servicio en su Informe-Propuesta ha reflejado algunas de las dificultades existentes para delimitar de la forma más adecuada posible el mercado objetivo de referencia. Habida cuenta que el producto de que se trata consiste en un aditivo a los detergentes para conseguir unos mejores efectos blanqueantes es necesario incluir dentro del mismo mercado los diferentes productos que sirven al mismo fin y que pueden considerarse como sustitutivos. A tales efectos, es preciso concluir que el mercado de producto está constituido como el de los aditivos más las lejías, es decir, la totalidad de los productos que se añaden a los detergentes para obtener un mejor blanqueado de la ropa.

Desde la óptica geográfica, la delimitación del mercado relevante presenta menores dificultades ya que queda limitada al territorio español.

De acuerdo con esta delimitación, es necesario tener en cuenta que en España el mercado de los aditivos más las lejías mueve un volumen anual de 430-450.000 toneladas con una facturación del orden de 21-25.000 millones de pesetas.

Es preciso tener en cuenta, por otra parte, que los productos identificados con la marca Nuclear, a los que se refiere el presente expediente, suponen una fabricación anual de 300 toneladas, con una facturación en el año 1997 de 322 millones, según los datos aportados por la denunciante al expediente.

2. Delimitada de esa forma el mercado relevante y señalada cuál es la posición en el mismo de las empresas interesadas en este expediente, debe señalarse que la cuestión debatida consiste en determinar si los contratos a los que se refiere el expediente consistentes en la cesión del know-how y compra exclusiva son susceptibles de constituir una infracción del artículo 85.1 del Tratado de Roma (en la actualidad 81 del Tratado de Amsterdam) y 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Constituye una opinión que viene a ser aceptada por los interesados en este expediente que los contratos pueden estar incluidos en los correspondientes Reglamentos de exención por categoría (Reglamento

1984/1983 de compra exclusiva y Reglamento 556/1989 de licencia de know-how, en la actualidad sustituido por el Reglamento 240/96) excepción hecha de la cláusula referida al plazo pactado (treinta años) que supera en mucho los plazos permitidos en tales Reglamentos.

Ahora bien, el planteamiento de la cuestión debe realizarse no tanto teniendo en cuenta la aplicación mecánica de las disposiciones de las normas comunitarias como el análisis de si el contrato por el que Tervi es el fabricante exclusivo de los productos marca Nuclear para España es susceptible de afectar a la competencia.

3. El artículo 81 del Tratado (antiguo artículo 85) en su número 1, y en similares términos el artículo 1 de la Ley española de Defensa de la Competencia, declaran prohibidas determinadas conductas «que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear» la competencia.

Desde un temprano momento, las Decisiones de la Comisión (Asuntos SOCEMAS y Alianza de constructores franceses de máquinas herramientas, ambas de 17 de julio de 1968) y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Sentencia de 9 de julio de 1969, asunto Völk/Vervaecke) señalaron que no todos los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas están incluidas en la prohibición de conductas colusorias sino solamente aquéllas que producían o bien podían producir una restricción sensible de la competencia, resaltando de esa manera que las ententes colusorias de escasa importancia, realizadas por operadores con escaso poder de mercado o con escasa incidencia, no deberían incluirse en la prohibición del artículo 85.1. Resulta significativo el razonamiento del Tribunal de Justicia en la sentencia Völk/Vervaecke en la que se señala: «que, por tanto, un acuerdo escapa a la prohibición del artículo 85 cuando sólo afecta al mercado de una manera insignificante, teniendo en cuenta la débil posición que ocupan los interesados en el mercado de los productos en cuestión».

En Derecho español no ha existido una línea argumental similar en las Resoluciones de este Tribunal y, por lo tanto, no puede señalarse que sea una exigencia para la aplicación del artículo 1 LDC que la afectación a la libre competencia haya sido sensible.

Ahora bien, el tratamiento de los asuntos de escasa importancia ha constituido siempre una preocupación que tuvo su reflejo en la redacción dada por el Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, al artículo 1.3 LDC, que, con independencia de las imperfecciones técnicas de su redacción, que han limitado considerablemente su aplicación, ponía de manifiesto la preocupación por que los órganos de defensa de la competencia tuvieran que dedicarse a perseguir conductas de escasa virtualidad anticompetitiva.

Con independencia de ello, se debe señalar que, a diferencia de la doctrina comunitaria de la sensibilidad, la opción del legislador español consiste en declarar que ciertas conductas siguen estando prohibidas, aunque por ser de escasa importancia pueden dejar de ser perseguidas por los órganos encargados de la defensa de la competencia.

En este expediente el Servicio expresa en su Informe-Propuesta la posibilidad de que se pueda aplicar por el Tribunal el artículo 1.3 LDC, lo cual constituye una palmaria demostración de la imperfección de ese precepto, pues una declaración de no perseguir determinadas conductas cuando ya se ha terminado la tramitación del expediente no tiene sentido, pues ya se han utilizado los esfuerzos y los recursos tanto del Servicio como del Tribunal en la persecución de tales conductas. Esa petición de aplicación del artículo 1.3 es realizada igualmente por la representación de Tervi.

3. A juicio del Tribunal, la cuestión no debe consistir en declarar que existe una conducta prohibida, que no se persigue, sino en establecer si existe o no esa conducta prohibida. Es decir, si la firma de un contrato de licencia de know-how y compra exclusiva de los productos de la marca Nuclear con una duración de treinta años vulnera la libre competencia. Para responder a esa pregunta es preciso tener en cuenta que se trata de un producto que representa en toneladas aproximadamente el 0,07 por 100, del total y aproximadamente el 1 por 100 en precio.



S E C C I O N
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

La sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 1998 se plantea, para declarar si existe infracción del artículo 1 LDC, si una conducta es o no apta para restringir la competencia, concepto de aptitud que es asumido por el Tribunal en su Resolución de 18 de febrero de 1999 (Prensa de Segovia) cuando declara que el acuerdo de determinadores revendedores de prensa de cerrar sus establecimientos por dos días «carece de aptitud para afectar negativamente la competencia».

En consecuencia, en esos términos debe plantearse la presente cuestión, es decir, si la firma del contrato analizado tiene por objeto restringir la competencia o bien tiene aptitud para restringirla.

Solamente en términos muy genéricos podría afirmarse que el contrato que en la actualidad liga a Tervi y Royal Chemical tiene por objeto restringir la competencia. Es cierto, podría afirmarse, que el hecho de que esta última empresa venga obligada a comprar el producto que fabrica Tervi con unas conocim�entos no patentados en su día cedidos limita la posible entrada de competidores en el mercado, pero ese sería un razonamiento excesivamente simplista. Para analizar si un acuerdo tiene como objeto restringir la competencia, es preciso analizar cuál es el mercado, el poder que en el mismo ostentan las empresas afectadas y, en buena medida, si el objetivo consiste en limitar la competencia en perjuicio de otros operadores económicos o los consumidores. Nada de eso parece que pueda afirmarse en este supuesto. En su día se firmó un contrato de larga duración porque así le convino a las partes y si en estos momentos este Tribunal tiene que dirimir sobre la cuestión no es tanto porque haya existido un interés público vulnerado sino porque quienes se encuentran ligados por determinados pactos están intentando por múltiples vías quedar desvinculados de ellos. En definitiva, nos encontramos en presencia de un conflicto privado de intereses, pero no de una afectación al interés público.

Tampoco puede afirmarse que el acuerdo sea apto para afectar la competencia. Una declaración en sentido contrario podría efectuarse si el poder de mercado de las empresas intervinientes en el mercado fuera mayor, pero cuando se trata de un contrato que obliga a la compra de 300 toneladas de determinado producto, con una cifra de ventas de 332 millones, con unas cuotas de mercado realmente insignificantes, este Tribunal ha de declarar que tales acuerdos carecen de aptitud para afectar la competencia. O, por expresarlo de diferente manera, que el contrato entre Tervi y Royal Chemical tenga una duración de treinta años o bien una inferior adaptada a lo que establecen los Reglamentos comunitarios es algo intrascendente para la competencia, el mercado y los consumidores, habida cuenta su escasa trascendencia económica.

5. Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal considera que no ha existido un acuerdo que pueda considerarse incluido en el artículo 1 LDC, ni en el 81.1 del Tratado, por lo que no resulta necesario realizar razonamiento alguno referido a la aplicación del precepto contenido en el artículo 1.3 de la misma Ley.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia, con el voto en contra del Vocal Sr. Bermejo Zoffio,

RESUELVE

Unico. Que en el presente expediente no ha resultado acreditada la existencia de ninguna conducta de las prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la citada Resolución agota la vía administrativa y, por tanto, sólo es susceptible de recurso contencioso-administrativo el cual podrá interponerse, en su caso, ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución. ■

(Expte. r 353/99 v, Consorcio Tablada)

■ En Madrid, a 27 de mayo de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, Tribunal, TDC), con la composición expresada arriba y siendo Ponente el Vocal D. Julio PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 353/99 (1765/98 del Servicio de Defensa de la Competencia; en adelante, Servicio), de recurso contra el acto del Servicio de 18 de diciembre de 1998, por el que se decide que a determinada operación denunciada no le son de aplicación los artículos 14 ó 19 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 6 de febrero de 1998 Tecinsur SL denuncia ante el Servicio a la empresa de promoción inmobiliaria Consorcio Tablada SA, al Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla, y a la Caja de Ahorros Provincial San Fernando de Sevilla y Jerez, por una conducta presuntamente prohibida por los artículos 1 y 6 LDC, consistente en la creación, por parte de las dos Cajas, de la mencionada empresa inmobiliaria, supuestamente para intervenir en el mercado inmobiliario de Sevilla y, favoreciendo a la nueva empresa, colocar a los competidores de ésta en una situación de desventaja relativa.

2. El 2 de marzo de 1998 la Subdirección General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia (en adelante, Subdirección sobre Conductas) remite a la Subdirección General de Concentraciones y Estudios (en adelante, Subdirección de Concentraciones), ambas de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, el escrito de denuncia, «por si fueran de aplicación los artículos 14 y/o 19 de la LDC», ya que, en opinión de la Subdirección remitente, «no son de aplicación los artículos 1 y 6 de la LDC», lo que, por otra parte, la Subdirección sobre Conductas notifica a la denunciante mediante escrito del mismo día. La decisión de la Subdirección sobre Conductas de paralizar la tramitación de la denuncia por los artículos 1 y 6 LDC fue recurrida (Expte. r/306/98), pero el recurso fue desestimado por extemporáneo mediante Resolución del TDC de 8 de junio de 1998.

3. El 11 de diciembre de 1998 la Subdirección de Concentraciones remite a la Subdirección sobre Conductas un informe sobre la denuncia objeto del expediente. Su conclusión es que se trata de una operación de concentración que cumple el umbral previsto en el artículo 14. b) LDC, aunque no todos los requisitos que establece dicho artículo, en particular el que condiciona que el Ministro de Economía y Hacienda pueda remitir el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia para su informe a que afecte o pueda afectar al mercado mediante la creación o reforzamiento de una posición de dominio.

4. El 17 de diciembre de 1998 la Subdirección sobre Conductas comunica a la Subdirección de Concentraciones que las actuaciones originadas por la denuncia han sido archivadas por Acuerdo del Director General de 19 de junio de 1998, precisándose en el mismo que la conducta denunciada es una operación de concentración sin pactos que operen al margen de ella, por lo que no es posible acordar la apertura de un procedimiento sancionador por los mismos hechos.

5. El 21 de diciembre de 1998 la Subdirección de Concentraciones remite a la denunciante un escrito del día 18 del mismo mes en el que pone en su conocimiento que la operación denunciada es una concentración que, sin embargo, no cumple todos los requisitos para ser susceptible de informe del Tribunal de Defensa de la Competencia. Y, asimismo, se indica que no se trata de una ayuda pública. La Subdirección concluye que, por ello, la operación



denunciada no entra dentro del ámbito de aplicación de los artículos 14 ó 19 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.

6. El 20 de enero de 1999 Tecinsur SL interpone recurso ante el Tribunal contra el acto de la Subdirección de Concentraciones comunicado el 21 de diciembre. La recurrente solicita del Tribunal que declare haber lugar para emitir el informe del artículo 16 LDC y que lo remita al Ministerio de Economía y Hacienda, a fin de que lo eleve al Gobierno a los efectos previstos en el artículo 17 LDC. El 22 de enero de 1999 Tecinsur SL amplía con un nuevo escrito el recurso y hace constar que el fundamento del recurso interpuesto es la vulneración del artículo 1 de la LDC, por parte de las concentrantes que con sus actuaciones acaparan la mayor parte del suelo disponible en el término municipal de Sevilla, con el propósito de repartírselo posteriormente. El Tribunal remite copia del recurso al Servicio y le solicita el preceptivo informe.

7. El 25 de enero de 1999 la Subdirección de Concentraciones remite al Tribunal el expediente y el correspondiente informe, en el que se exponen los motivos por los que se considera que la conducta denunciada constituye una operación de concentración que, aunque alcanza el umbral previsto en el artículo 14. b) LDC, no cumple, para su eventual control, el requisito de creación o reforzamiento de una posición de dominio.

8. El 16 de febrero de 1999 el Tribunal dicta Providencia, que se notifica al interesado y se comunica al Servicio, en la que se designa Ponente y se ordena poner de manifiesto el expediente al interesado a fin de que en el plazo legal pueda formular las alegaciones y presentar los documentos que a su derecho convenga.

9. El 23 de marzo de 1999 tiene entrada en el Tribunal escrito de alegaciones del interesado en el que solicita que se estime el recurso y, anulando la decisión de la Subdirección de Concentraciones impugnada, disponga que dicha Subdirección incoe el expediente del artículo 9 del Real Decreto 1080/1992, dándole el trámite previsto en dicha norma. Las alegaciones contenidas en el escrito se orientan a demostrar la concurrencia de los dos requisitos a) y b) del artículo 14 LDC, lo que, a su juicio, hace procedente la incoación del expediente del artículo 9 y siguientes del mencionado Real Decreto.

10. El Pleno del Tribunal deliberó y falló el 18 de mayo de 1999.

11. Es interesado en el expediente: Tecinsur SL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se trata de un recurso contra una decisión del Servicio mediante la que se declara que a una operación que se denuncia no le son de aplicación los artículos 14 ó 19 LDC; el recurso se amplía incluyendo la pretensión de que la denuncia se tramite por vulneración del artículo 1 LDC.

2. Respecto a la primera pretensión, procede señalar, lo siguiente:

a) El artículo 14 LDC dispone que todo proyecto u operación de concentración que reúna ciertas características *podrá* ser remitido por el Ministro de Economía y Hacienda al Tribunal de Defensa de la Competencia para su informe. Es decir, este precepto no obliga al Ministro a enviar al Tribunal, para su informe, concentración alguna: podrá hacerlo respecto de aquéllas que cumplan las características que se estipulan en el citado artículo 14, pero ni para éstas queda obligado a hacerlo. En consecuencia, procede desestimar el recurso, que impugna precisamente el acto del Servicio mediante el que se decide que no ha lugar informe del Tribunal porque la concentración no cumple alguna condición de las exigidas para ser susceptible de informe; aunque se estimase

por el Ministro que cabría pedir informe, podría decidir no solicitarlo, y ni lo uno ni lo otro serían impugnables ante el TDC.

b) El artículo 19 dispone que el TDC, *a solicitud* del Ministro de Economía y Hacienda, podrá examinar las ayudas públicas, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia. Es decir, de nuevo nos encontramos con que el recabar informe del TDC es una potestad y no una obligación para el Ministro. También procede, pues, desestimar el recurso en cuanto que pretende impugnar que el Servicio haya decidido que no se está en presencia de una ayuda pública; es más, aunque hubiera el Servicio considerado que se trataba de una ayuda pública, podría haber decidido no proponer que se cursase la solicitud de informe al Tribunal.

En consecuencia, ni invocando el artículo 14 ni el artículo 19 de la LDC puede estimarse el recurso interpuesto ante el Tribunal.

3. En cuanto a la pretensión del recurrente de que prospere una denuncia por supuesta infracción del artículo 1, también hay que desestimarla, pues se trata de una cuestión resuelta ya por el Servicio y consentida por el denunciante al no haberla recurrido en plazo.

Por todo lo expuesto y vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, este Tribunal

RESUELVE

1º Desestimar el recurso interpuesto por Tecinsur SL contra el acto de la Subdirección de Concentraciones y Estudios de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, fechado el 18 de diciembre de 1998, por el que se decide que a la operación denunciada no le son de aplicación los artículos 14 ó 19 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (LDC), confirmándolo en todos sus extremos.

2º Rechazar la pretensión del recurrente de que se tramite el expediente como denuncia por supuesta infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de 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 ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir de la fecha de la notificación de esta Resolución. ■

(Expte. 420/97, CEPSA)

■ En Madrid, a 31 de mayo 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Vocal D. José Hernández Delgado, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 420/97 (1227/95 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio) iniciado de oficio contra la mercantil Compañía Española de Petróleos, S.A. (en adelante, CEPSA) por suscribir contratos con algunas estaciones de servicio que supuestamente infringen el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El expediente se incoó para el análisis de cinco contratos suscritos por CEPSA que fueron aportados por la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio para el expediente número 1103/94 y que, por no constituir objeto directo de la denuncia y presumiblemente incluir alguna cláusula restrictiva de la competencia, fueron elevados al Director General de Defensa de la Competencia el 10 de abril de 1995.



S E C C I O N
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

Los contratos son los siguientes:

1) CEPSA/J. M. Sánchez Cabezudo de la Estación de Servicio de Pueblanueva (Toledo) suscrito el 5 de octubre de 1989 (inscripción provisional 10.706).

2) CEPSA/PASARON, S.L. de la Estación de Servicio de la carretera de Mérida km. 214 (Cáceres) suscrito el 10 de enero de 1990 (concesión 5.537).

3) CEPSA/BERNARD-RAMOS de la Estación de la carretera Fraga-Huesca km. 16,8 Ballobar (Huesca) suscrito el 4 de noviembre de 1991 (concesión 7.007).

4) CEPSA/Eutimia Valbuena de la Estación de Servicio de Becilla de Valderaduey (Valladolid) suscrito el 15 de julio de 1991 (concesión 7.092).

5) ERTOIL/Pérez Díaz-Guerra de la Estación de Servicio de Yuncos (Toledo) suscrito el 1 de julio de 1991 (concesión 1.802).

2. Por Providencia del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de fecha 24 de octubre de 1995 y de conformidad con el artículo 36.3 LDC se llevó a cabo la incoación de oficio del expediente, dando traslado de la citada Providencia a CEPSA.

3. Tras el análisis de los contratos y de la información aportada tanto por CEPSA como por los titulares de las estaciones de servicio, se formuló Pliego de Concreción de Hechos contra CEPSA el 30 de agosto de 1996, por considerar el Instructor que los contratos antes señalados contenían determinadas cláusulas restrictivas de la competencia, con la excepción del primero de ellos, relativo a la estación de servicio de Pueblanueva (Toledo), por no encontrarse en vigor, al haber sido rescindido unilateralmente el 13 de octubre de 1994 haciendo uso de la cláusula octava del mismo.

4. A la vista de las alegaciones al Pliego presentadas por CEPSA, así como de las actuaciones llevadas a cabo por la citada entidad, con fecha 21 de julio de 1997 el Instructor propuso el sobreseimiento parcial del expediente del que se dio traslado a CEPSA para que formulara alegaciones y, cumplido el trámite anterior, el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó, el 5 de noviembre de 1997, el sobreseimiento parcial del expediente por quedar acreditado que: a) las estaciones de servicio cuyos contratos se han numerado como 2, 4 y 5 en el Antecedente de Hecho 1 actúan en régimen de comisión de venta en garantía, por lo que el hecho de que CEPSA les imponga el precio de venta al público de carburantes y combustibles no supone infracción del artículo 1.1 LDC; b) el contenido de la cláusula de publicidad del contrato 5 (concesión 1.802) ha sido subsanado el 17 de enero de 1997, por lo que se considera que ha existido infracción hasta el momento en que CEPSA envió dicha carta, y c) CEPSA, siguiendo las directrices de la DG-IV de la Comisión Europea, envió una carta por conducto notarial a las cuatro gasolineras objeto del expediente en las que les daba la posibilidad de anticipar la fecha de vencimiento del contrato si ellas, a su vez, manifestaban ese deseo con al menos un año de anticipación, no procediendo declarar la existencia de infracción del artículo 1.1 LDC, por una duración excesiva del contrato.

5. Teniendo en cuenta la reciente doctrina del Tribunal de que se requiere un concurso de voluntades para que exista un acuerdo restrictivo de la competencia y que para mantener la existencia de una restricción a la competencia de las incluidas en el artículo 1 LDC es preciso imputar dicha infracción a todas las partes participantes en el concurso de voluntades, el 8 de octubre de 1997 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó la incoación de oficio de expediente contra los titulares de las estaciones de servicio número 7.007, de Ballobar (Huesca) y número 1.802, de Yuncos (Toledo), numeradas como 3 y 5 en el Antecedente de Hecho 1.

6. El 14 de octubre de 1997 fue formulado un Pliego de Concreción de Hechos complementario en el que se imputaban los

cargos que no habían sido sobreseídos a los titulares de las estaciones de servicio número 7.007 de Ballobar (Huesca) y número 1.802 de Yuncos (Toledo).

7. Por Providencia de fecha 3 de diciembre de 1997 se acordó el cierre de las actuaciones y se procedió a redactar el informe previsto en el artículo 37.3 LDC. En dicho informe se proponía:

Primero. Que, como consecuencia de la instrucción realizada, el Tribunal declare que:

1) La prohibición de realizar publicidad de otros productos a excepción de la publicidad autorizada por el mayorista que se contenía en la cláusula primera del Contrato 5 (estación de Yuncos, concesión número 1.802) constituye una conducta prohibida por el artículo 1.1a) LDC.

2) La imposición de precios de reventa de combustibles y carburantes a la estación de servicio 7.007 de Ballobar (Huesca) constituye una conducta prohibida por el artículo 1.1a) LDC.

Segundo. Que se declare a CEPSA responsable de las citadas conductas prohibidas intimándose para su cese.

Tercero. Que el Tribunal intime a CEPSA para que en lo sucesivo se abstenga de realizar estas prácticas, ordenándole que publique a su costa la parte dispositiva de la Resolución que se dicte, en un diario de tirada nacional y en el *BOE* y la difusión del texto completo de la misma entre todos sus minoristas.

8. Recibido el expediente en el Tribunal el 12 de diciembre de 1997, mediante Providencia de 17 de diciembre, modificada por Providencia de corrección de errores de 14 de enero de 1998, se acordó, de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 16/1989, admitir a trámite el expediente, así como nombrar Ponente y, de acuerdo con el artículo 40.1 LDC, dar plazo para solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimaran necesarias.

9. Los interesados en el expediente evacuaron el trámite, proponiendo la admisión y práctica de diversas pruebas.

10. Mediante Auto de fecha 9 de julio de 1998 el Tribunal acordó admitir y declarar pertinentes determinadas pruebas propuestas por las partes, denegar otras por considerarlas innecesarias, realizar la prueba de oficio consistente en el reconocimiento del funcionamiento del aparato «Verifone» y no considerar necesaria la celebración de vista que sería sustituida por el trámite de conclusiones.

11. Por Providencia de 6 de octubre de 1998 el Tribunal acordó, conforme al artículo 40.3 LDC, poner de manifiesto a los interesados el resultado de las diligencias de prueba para que alegaran lo que estimasen pertinente sobre su alcance e importancia.

12. Mediante Providencia de 13 de noviembre de 1998 el Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41.1 LDC, puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan conclusiones.

13. En su escrito CEPSA formuló, en esencia, las siguientes alegaciones:

— En relación con el cargo primero, que CEPSA quedó subrogada en el contrato de suministro que la estación de servicio suscribió con ERTOIL, y que nunca impuso a la estación la publicidad en exclusiva de los productos de CEPSA, ni prohibido a la Estación el hacer publicidad de productos ajenos a CEPSA.

— En relación con el segundo cargo, que ha quedado suficientemente acreditado que el Verifone utilizado por las estacio-



**SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA**

nes de servicio de la red de CEPSA sirve como medio de comunicación de las estaciones con la central. Es un medio voluntario y a través del mismo se informa a las estaciones de los precios que deben poner si son comisionistas y del precio al que CEPSA va a vender a la estación.

Por su parte, los titulares de las estaciones de servicio objeto del expediente alegaron esencialmente que:

— Se trata de un contrato de adhesión aportado como prototipo por la «Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio» como modelo tipo de otros muchos iguales firmados por otros tantos titulares de estaciones de servicio.

— El único beneficiario de la inclusión de las cláusulas limitativas impuestas es el operador, en cuanto suponen una restricción de los derechos que le corresponden al titular de la estación de servicio.

— Durante la efectividad del contrato y en relación con las cláusulas objeto del expediente, el titular de la estación de servicio ha actuado autónomamente, haciendo en cada momento lo que ha creído conveniente.

14. El Pleno del Tribunal deliberó sobre este expediente en su sesión de 13 de abril y deliberó y falló en la de 18 de mayo de 1999, encargando al Vocal Ponente la redacción de la correspondiente Resolución.

15. Son interesados:

- Compañía Española de Petróleos, S.A. (CEPSA).
- Estación de Servicio Yuncos, S.A. (concesión 1.802).
- Bernard-Ramos, Sociedad Civil (Estación de Servicio número 7.007, de Ballobar).

HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera probados los siguientes hechos que son admitidos por las partes:

1. El 1 de julio de 1991, el Sr. Pérez Díaz-Guerra, representante legal de la Estación de Servicio Yuncos, S.A. (concesión número 1.802), y ERTOIL (en cuya posición se subrogó posteriormente CEPSA) firmaron un contrato que contenía la siguiente cláusula:

«La exhibición por el TITULAR de cualquier otra publicidad o producto ... necesitará como obligación grave e ineludible del TITULAR, de la previa autorización expresa y escrita de ERTOIL».

2. CEPSA, en fecha 17 de enero de 1997, envió por conducto notarial a las estaciones de servicio que tenían contratos firmados con ERTOIL, como es el caso de la concesión número 1.802, una carta en la que informan que en relación con el contenido de la cláusula primera, referida a publicidad de otros productos distintos de los que son objeto de exclusividad, y al amparo de lo establecido en el Reglamento CEE 1984/83, podrán instalar o distribuir en la estación de servicio material de publicidad de productos entregados por empresas terceras, en la proporción a la parte que representen tales productos en el volumen de facturación total de la estación de servicio.

3. La estación de servicio Yuncos, S.A. (concesión número 1.802) ha mostrado publicidad distinta de la de CEPSA sin que ésta haya realizado objeción alguna.

4. El 4 de noviembre de 1991, «Bernard-Ramos, Sociedad Civil», titular de la estación de servicio número 7.007, sita en la localidad de Ballobar (Huesca) y CEPSA firmaron un contrato de compra exclusiva de combustibles y carburantes para su reventa en la estación de servicio.

5. Las estaciones de servicio abanderadas por CEPSA, sean comisionistas o revendedoras, disponen de un aparato denominado «Verifone» a través del cual CEPSA, vía telefónica, se comunica con las mismas, intercambiándose diversas informaciones, incluidos el precio al que CEPSA va a venderle y el precio de venta al público de combustibles y carburantes que han de aplicar si son comisionistas, y se recomienda si se trata de revendedores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Dos son las conductas examinadas en este expediente. La primera se refiere a la prohibición de realizar publicidad de otros productos a excepción de la publicidad autorizada por el mayorista que se contenía en la cláusula primera del Contrato con la Estación de Yuncos (concesión número 1.802), que el Servicio considera que constituye una conducta prohibida por el artículo 1.1.a) LDC, y la segunda la imposición de precios de reventa de combustibles y carburantes a la estación de servicio 7.007 de Ballobar (Huesca), que le merece idéntica calificación.

En relación con la primera conducta, CEPSA alega que se subrogó en el contrato de suministro que la estación de servicio tenía suscrito con ERTOIL, no exigió a la estación la publicidad en exclusiva de los productos de CEPSA, ni le prohibió el hacer publicidad de productos ajenos a CEPSA, así como que el principio de culpabilidad supone que nadie puede ser sancionado por una acción o una omisión sin que concurran el dolo o la culpa.

Por lo que se refiere a esta última afirmación conviene precisar que la LDC establece unos tipos objetivos, por lo que la infracción se comete por el mero hecho de realizar la conducta prohibida. En particular, el artículo 1 LDC prohíbe todo acuerdo o práctica concertada que produzca o pueda producir un resultado anticompetitivo, sin que se necesite la existencia de una intencionalidad específica. El elemento subjetivo (culpabilidad del agente) debe examinarse tan solo para la imposición de la sanción sin que, como se ha indicado, constituya parte integrante del tipo.

Ahora bien, en este caso aun cuando en el contrato de suministro que Yuncos y ERTOIL suscribieron la publicidad era impuesta en exclusiva por ERTOIL, desde que CEPSA se subrogó en el mismo no existen pruebas de que exigiese a la Estación el cumplimiento de esa cláusula, más bien al contrario, en el expediente, a través de las pruebas practicadas, reportaje fotográfico y confesión de las partes, ha quedado acreditado que CEPSA no ha prohibido la realización de publicidad de productos distintos a la marca del mayorista en la Estación de Servicio Yuncos. Además, CEPSA, en enero de 1997 remitió carta por correo certificado a la Estación de Servicio, y a todas aquellas que traían causa de ERTOIL, para significarles la inoperancia de la cláusula contractual objeto de revisión. Por ello, no cabe apreciar infracción de la LDC.

2. En relación con el segundo cargo, es decir, la imposición de precios de reventa de combustibles y carburantes a la estación de servicio 7.007 de Ballobar (Huesca), la presunta infracción no ha quedado acreditada. El aparato denominado «Verifone» utilizado por las estaciones de servicio de la red CEPSA es un medio de comunicación, vía telefónica, de la central con las estaciones a través del cual se transmiten diversas informaciones, incluido el precio al que CEPSA les vende los combustibles y carburantes o el precio de venta al público que los comisionistas de la red deben aplicar. El acceso a dicho aparato por parte de los revendedores es voluntario, no existiendo obligación de aplicar los precios que en él se muestran.

El único indicio existente en el expediente para respaldar este cargo es una respuesta de D. Miguel Bernard Pérez, representante de la estación de servicio Ballobar, que, a un requerimiento de información del Servicio, responde: *«el método utilizado por CEPSA para comunicar el precio de venta de los combustibles y carburantes es a través del aparato Verifone (T.P.V. vía Telefónica). El precio de compra, por la Estación de Servicio, es el precio de venta, menos una comisión que anualmente establece CEPSA,*



SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

de una forma arbitraria. Sin que haya ningún tipo de negociación entre las dos partes del contrato». Sin embargo, con posterioridad ha alegado repetidas veces ante el Tribunal que durante la efectividad del contrato ha fijado los precios de venta al público que ha tenido por convenientes. Por tanto, la infracción no puede considerarse acreditada.

No obstante lo anterior, es necesario resaltar que el uso de dicho aparato en la comunicación entre mayorista y revendedor podría tener efectos anticompetitivos, constituyendo por tanto una infracción de la LDC, si tuviese como resultado una concertación de precios entre CEPSA y las estaciones de servicio de su red gestionadas por empresarios independientes, lo que en este caso concreto no se ha acreditado.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia, con el voto en contra del Presidente, Sr. Petitbò Juan y los Vocales Sres. Castañeda Boniche y Comenge Puig,

RESUELVE

Declarar que en el presente expediente no se ha acreditado la realización de ninguna de las prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, imputadas a la Compañía Española de Petróleos, S.A. (CEPSA).

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de 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 ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir de la fecha de la notificación de esta Resolución.



VOTO PARTICULAR DE LOS SRES. PETITBÒ JUAN, CASTAÑEDA BONICHE Y COMENGE PUIG

Lamentamos discrepar de la mayoría del Tribunal por considerar que existen pruebas en el expediente que acreditan la existencia de acuerdos y prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia y que el Tribunal debería declararlo así en la Resolución.

La primera estipulación del contrato de 1991 entre ERTOIL y la Estación de Servicio de Yuncos (en el que posteriormente se subrogó CEPSA) establece que constituye obligación grave e ineludible del titular de la estación la autorización expresa y escrita de ERTOIL para la exhibición de cualquier publicidad de productos distintos a los que ERTOIL distribuye. En nuestra opinión, la existencia de esta cláusula constituye una infracción del artículo 1 de la LDC al tener por objeto una restricción de la competencia no eximida por el Reglamento CEE 1984/83.

El Tribunal debería haberlo declarado así, con independencia del comportamiento que las empresas hayan podido tener tras la firma del contrato, pues la no aplicación de esta parte del contrato desde la subrogación por CEPSA y la remisión en 1997 de una carta a la Estación de Servicio de Yuncos adaptando la cláusula en cuestión a lo establecido en el Reglamento CEE 1984/83, son circunstancias que podrían tenerse en cuenta a la hora de atemperar la sanción que pudieran corresponder, pero no para dejar de señalar la infracción.

Por lo que respecta a la imposición de precios de reventa de combustibles, que son los productos de mayor venta en las estaciones de servicio, tanto CEPSA como la Estación de Servicio de Ballobar han mantenido posiciones cambiantes a lo largo de la tramitación del expediente.

Ante el Servicio, CEPSA sostuvo en su primer escrito que el régimen de su relación con todas las estaciones de servicio afectadas por el expediente era el de comisión de venta en garantía (folio 178), régimen que éstas habían aceptado de forma tácita,

por lo que era lógico que CEPSA impusiera a todas ellas el precio de venta al público.

En un escrito posterior (folios 269-270), CEPSA admitió que con la Estación de Servicio de Ballobar mantenía un contrato de reventa y que, si bien ésta tenía acceso —a través del sistema *Veriphone*— a los precios de venta al público que, legítimamente, imponía CEPSA a las estaciones de servicio en régimen de comisión, no estaba obligada a aplicarlos.

Por último, alegó ante el Tribunal que el sistema *Veriphone* transmitía, no sólo los precios de venta al público aplicables por los comisionistas, sino también los precios de venta en firme a los que podía adquirir la Estación de Servicio el combustible para su reventa.

Por su parte, el representante de la Estación de Servicio de Ballobar manifestó durante la fase de instrucción (folios 341-342) que estaba obligada a vender al público al precio que le indicaba CEPSA a través del *Veriphone* y, sin embargo, ante el Tribunal testificó en sentido contrario, sin que conste en el expediente explicación alguna sobre este cambio radical de apreciación de un aspecto tan importante de su propia actividad empresarial.

Sin embargo, por encima de estas contradicciones, queda acreditado en el expediente, y es reconocido por los interesados, que la Estación de Servicio de Ballobar (folios 328-330) tiene acceso a los precios de venta al público que CEPSA impone a los comisionistas.

Considerando que cuando un revendedor compra en firme se convierte en un competidor más de la red de estaciones de servicio de CEPSA, puesto que adquiere tanto el riesgo de pérdida como la oportunidad de decidir sobre el beneficio que desea obtener, cualquier intercambio de información a priori sobre precios finales, como el que se establece con el sistema *Veriphone*, constituye una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC al poder tener el efecto de falsear la competencia por fijación de precios.

Hay que añadir que al carácter interactivo, la eficacia y la comodidad propios de los modernos sistemas de transmisión de datos, se une una gran versatilidad en su utilización, permitiendo que a ciertas informaciones sólo puedan acceder determinadas usuarios, quedando *oscurecida* la red para el resto. Por ello, nada impide que estos medios de transmisión de datos, puedan ser usados con discreción, sin convertirse en vehículo de intercambios de información que siempre han estado prohibidos mediante los sistemas de transmisión hasta ahora habituales.

Como el Tribunal siempre ha considerado que el acuerdo horizontal de precios constituye una de las más graves infracciones contra la libre competencia y dado que el intercambio de información entre competidores está suficientemente acreditado en el expediente, creemos que el Tribunal debería haberlo declarado así, intimando a CEPSA para que modificase el sistema *Veriphone* de forma que se suprimiera la posibilidad que hoy existe de imposición por parte de CEPSA de los precios de venta al público a las estaciones de servicio que mantienen con ella un contrato de reventa.

Exp. r 349/98 (Iberdrola/Telefónica)

■ En Madrid, a 31 de mayo de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 349/98 (NV-144 del Servicio de Defensa de la Competencia), incoado para resolver el recurso interpuesto por IBERDROLA DIVERSIFICACION, S.A. (en adelante IBERDROLA) y TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A. (en adelante TELEFONICA) contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 10 de diciembre de 1998 (citada por los recurrentes como acuerdo de fecha 14 de diciembre de

1998), por el que se resolvía que el Acuerdo de Colaboración Estratégico, firmado por TELEFONICA e IBERDROLA, el 18 de enero de 1998, no respondía a una operación de concentración de empresas sujeta al control establecido en el capítulo II, del Título I, de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y que la operación notificada sería tratada como una solicitud de Autorización de acuerdo entre empresas, con arreglo a lo previsto en el artículo 3 de la citada Ley.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 7 de septiembre de 1998 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio) formulario oficial de notificación de concentraciones económicas presentado por las compañías, «TS TELEFONICA SISTEMAS, S.A.» (TS), filial al 100 por 100 de «TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.», y «UNION IBEROAMERICANA DE PROMOCIONES INDUSTRIALES Y COMERCIALES, S.A. (UIPICSA), en la actualidad «IBERDROLA DIVERSIFICACION, S.A.», filial al 100 por 100 de «IBERDROLA, S.A.», solicitando la no oposición a la operación de concentración económica consistente en la creación de la empresa en participación «UTILITEL COMUNICACIONES, S.A.» (UTILITEL), y en la aportación a ésta de dos compañías del Grupo TELEFONICA, «TELEFONICA SISTEMAS DE INGENIERIA DE PRODUCTOS, SEGURIDAD, S.A.» (TSIP SEGURIDAD) Y «TELEFONICA GESTION DE SISTEMAS, S.A. (TGS).

2. Mediante escritura pública otorgada el 31 de marzo de 1997, TELEFONICA e IBERDROLA, a través de sus respectivas filiales, «TS TELEFONICA SISTEMAS, S.A.» (TS) y «UNION IBEROAMERICANA DE PROMOCIONES INDUSTRIALES Y COMERCIALES, S.A.» (UIPICSA), actualmente denominada «IBERDROLA DIVERSIFICACION, S.A.», crearon la compañía UTILITEL, cuyo capital social quedó fijado, en su escritura de constitución, en 400 millones de pesetas. El capital se encontraba representado por 40.000 acciones de 10.000 pesetas de valor nominal cada una, de las cuales TS suscribió la mitad y UIPICSA la otra mitad. La constitución de una *Empresa Cabecera*, bajo la denominación de «UTILITEL COMUNICACIONES, S.A.» (UTILITEL), junto con la aportación a la misma, como parte de su dotación de medios necesaria para el desarrollo de su actividad, de dos empresas del Grupo TELEFONICA, TSIP SEGURIDAD y TGS, constituyó la operación económica objeto de notificación al Servicio el 7 de septiembre de 1998.

3. El 20 de noviembre de 1997 se produjo un cambio en el accionariado de UTILITEL, sin repercusiones sobre el control último de la empresa, y, posteriormente, el 10 de febrero de 1998, se celebró Junta de Accionistas de UTILITEL en la que se acordó aumentar el capital social de la misma en 1.400 millones de pesetas.

4. El 19 de octubre de 1998 las Partes informaron que, con fecha 15 de septiembre de 1998, la sociedad TS había transmitido a su matriz, TELEFONICA, la totalidad de su participación accionarial en UTILITEL por 700 millones de pesetas. En consecuencia, la composición accionarial de UTILITEL quedó establecida de la siguiente forma: TELEFONICA 50 por 100, IBERDROLA DIVERSIFICACION (antes UIPICSA) 50 por 100.

5. El día 10 de diciembre de 1998 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia dictó Resolución en la que se establecía que:

«Resultando que la Subdirección General de Concentraciones y Estudios ha procedido al estudio de dicho expediente, concluyendo que la operación notificada llevada a cabo en ejecución del Acuerdo de Colaboración Estratégica firmado por TELEFONICA e IBERDROLA el pasado 18 de enero de 1996, no responde a una operación de concentración entre empresas sujeta al control establecido

en el Capítulo II «De las concentraciones económicas», del Título I de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, sino que responde a un acuerdo o alianza entre empresas, toda vez que UTILITEL no puede calificarse como una empresa conjunta concentrativa con plenas funciones debido a la fuerte dependencia funcional, no transitoria, de dicha empresa con sus matrices.

En consideración con lo previsto en el artículo 15.5 de la Ley 16/1989, he resuelto que la operación notificada sea tratada como una solicitud de autorización de acuerdo entre empresas con arreglo a lo previsto en el artículo 3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.»

Acuerdo que fué comunicado a los interesados con fecha 14 de diciembre de 1999.

6. Con fecha 24 de diciembre de 1998 los representantes de la empresa IBERDROLA y TELEFONICA se dirigen al Tribunal de Defensa de la Competencia mediante escrito, recibido el 28 siguiente, en el que interponen recurso y solicitan:

«que teniendo por presentado este escrito, lo admita, tenga por formulado, en tiempo y forma, RECURSO contra el acuerdo de la Subdirección General de Concentraciones y Estudios de fecha 14 de diciembre de 1998 dictado en el expediente NV-144 y previos los trámites oportunos, dicte resolución por la que admitiendo a trámite el recurso requiera a la Subdirección General para que de traslado del expediente, procediendo a ponerlo de manifiesto a los interesados por plazo de quince días hábiles para formular alegaciones y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes».

7. Con fecha 28 de diciembre de 1998 el Tribunal de Defensa de la Competencia se dirige mediante escrito al Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia solicitando el Informe del Servicio, conforme a lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LDC.

8. Con fecha 19 de enero de 1999 el Tribunal establece plazo para la formulación de alegaciones; con fecha 28 de enero de 1999 se concede prórroga a dicho plazo.

9. Con fecha 3 de mayo de 1999 los representantes de las empresas IBERDROLA y TELEFONICA se dirigen al Tribunal de Defensa de la Competencia mediante escrito en que

EXPONEN:

«Que el pasado 18 de febrero las empresas notificantes presentaron ante este Tribunal escrito formulando alegaciones y acompañando los documentos y justificaciones que estimaron oportunas.

Que con posterioridad a dicha fecha han sucedido circunstancias que, por su trascendencia, es necesario poner en conocimiento de este Tribunal».

y ALEGAN que:

«PRIMERA. El pasado 15 de abril de 1999 IBERDROLA procedió a la venta, mediante escritura pública, de la que adjuntamos copia como ANEXO 1, de su participación del 50 por 100 en el capital de UTILITEL a TELEFONICA, lo que supone la adquisición del 100 por 100 del capital de UTILITEL por parte de TELEFONICA.

SEGUNDA. La citada adquisición supone que TELEFONICA retoma el control exclusivo de TGS y TSIP Seguridad, que conforman la actividad de UTILITEL, dado que, como se ha venido informando a lo largo del procedimiento de autorización, la aportación de las citadas empresas por parte de TELEFONICA SIS-



S E C C I O N
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

TEMAS, S.A. a UTILITEL fue la que la dotó de contenido y actividad a esta última.

TERCERA. Como consecuencia de lo anterior, ha desaparecido el control conjunto que hasta la fecha venían ejerciendo IBERDROLA y TELEFONICA sobre UTILITEL, quedando sin efecto la operación de concentración que fue objeto de notificación el 3 de septiembre de 1998 y que dio lugar al acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 14 de diciembre de 1989 en el expediente NV-144, que es objeto del presente procedimiento.»

en consecuencia:

«**SOLICITAN AL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA** que teniendo por presentado este escrito, lo admita, tenga por solicitado el **DESISTIMIENTO** de IBERDROLA y TELEFONICA del recurso formulado en su día y en su virtud, previos los trámites oportunos, dicte resolución por la que admita el desistimiento interesado y resuelva el sobreseimiento del expediente.»

10. El Pleno del Tribunal deliberó y falló el recurso en su sesión del día 18 de mayo de 1999.

11. Son interesados:

- IBERDROLA DIVERSIFICACION, S.A.
- TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La Ley de Defensa de la Competencia, en su artículo 50, establecía la supletoriedad de la Ley de Procedimiento Administrativo para aquellos supuestos no regulados explícitamente por la Ley; esa disposición fue modificada por la Disposición Adicional Séptima de la Ley 66/1997, que establece:

«*Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por su normativa específica y supletoriamente por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*»

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 87, incluye al desistimiento entre los supuestos que ponen fin al procedimiento administrativo. Cualquier interesado puede, en virtud del artículo 90 de la citada Ley, desistir de su solicitud y el acto de desistir puede, en virtud del artículo 91.1, manifestarse por cualquier medio que permita su constancia.

2. Es el caso que TELEFONICA e IBERDROLA, que en su día presentaron escrito de recurso contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 10 de diciembre de 1998, son los únicos interesados en que prospere el recurso por ellas interpuesto. Los representantes legales de ambas empresas se han dirigido mediante nuevo escrito, del que existe oportuna constancia en este Tribunal, desistiendo de ese recurso.

3. En consecuencia, y no existiendo interés general en la continuación del recurso, procede admitir el desistimiento de TELEFONICA e IBERDROLA en su recurso contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 10 de diciembre de 1998.

Por todo ello, el Tribunal

HA RESUELTO

Unico. Admitir el desistimiento de TELEFONICA e IBERDROLA en su recurso contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 10 de diciembre de 1998 y declarar concluso el procedimiento.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.

(Exp. r 358/99 HARDI)

■ En Madrid, a 3 de junio de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 358/99 (1474/96 del Servicio de Defensa de la Competencia), incoado para resolver el recurso interpuesto por la representación de HARDI INTERNATIONAL A/S (en adelante HARDI) contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 29 de enero de 1999, por el que se desestima la solicitud expresa de caducidad del expediente 1474/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, incoado por denuncia de D. Juan Buira Cluet contra HARDI por supuestas conductas restrictivas de la competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 19 de junio de 1997, tras un período de diligencias previas, fue admitida a trámite la denuncia formulada por D. Francisco J. ABAJO ABRIL en representación de D. Juan BUIRA CLUET, contra HARDI por supuestas conductas restrictivas de la competencia, prohibidas por los artículos 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y 85.1 del Tratado de la Unión Europea, consistentes en el establecimiento de cláusulas de no competencia, sin limitación temporal ni geográfica, en los contratos suscritos en fechas 26 de enero de 1988, 25 de julio de 1988 y 28 de febrero de 1990, que formalizaron la transmisión de ILEMO, S.A., empresa propiedad del Sr. Buira, a la empresa danesa HARTVIG JENSEN CO. A/S, (hoy HARDI).

Con fecha 27 de octubre de 1997, la incoación de expediente sancionador contra HARDI fue ampliada a D. Juan Buira Cluet, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia, contenida en los Autos de Inadmisión de los expedientes 406/97 y 408/97 de 30 de julio y 4 de agosto de 1997, al ser también firmante de los pactos de no competencia por los que denunciaba a HARDI.

2. Con fecha 21 de enero de 1999, D. Ramón MIRO COSTART, en nombre y representación de HARDI, solicita declaración de caducidad del expediente de referencia, al considerar que ha transcurrido el plazo máximo de duración del procedimiento sancionador ante el Servicio.

3. Con fecha 29 de enero de 1999, el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia emite Acuerdo mediante el que desestima la solicitud de declaración de caducidad del expediente, al haberse iniciado con anterioridad a la fecha establecida por la Ley 66/1997, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que añade un nuevo artículo 56, relativo a la caducidad de los expedientes, en la LDC.



**SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA**

4. Con fecha 17 de febrero de 1999, tiene entrada en este Tribunal escrito de la representación de HARDI contra el citado Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia. Con fecha 2 de marzo de 1999 el Tribunal abre plazo para la presentación de alegaciones. En cumplimiento de ese trámite tienen entrada en el Tribunal escritos de D. Juan Buirra Cluet, el 25 de marzo de 1999, y de HARDI, el 29 de marzo.

5. El pleno del Tribunal deliberó y falló el recurso en su sesión del día 4 de mayo.

6. Son interesados:

- D. JUAN BUIRA CLUET
- HARDI INTERNATIONAL A/S

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El recurrente, HARDI INTERNATIONAL, justifica la solicitud de que se declare la caducidad del expediente en que, en su opinión, la aplicación del artículo 50 de la LDC, supone la aplicación, en lo relativo a los plazos, de lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Dado que el expediente se inicia en 1996 y se incoa, una vez culminadas las oportunas diligencias previas, el 19 de junio de 1997, el recurrente considera que han sido superados ampliamente los plazos previstos por la Ley, lo que produciría la caducidad.

2. El argumento relativo a la aplicabilidad de los plazos establecidos por la de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a los expedientes sancionadores que se tramitan en el Tribunal de Defensa de la Competencia ha sido ya objeto de numerosas Resoluciones por parte de este Tribunal. En concreto, la Resolución del expediente R 389/96, al tratar este mismo problema, señala:

«La cuestión relativa a la caducidad de los expedientes en materia de defensa de la competencia ha sido analizada con frecuencia por las Resoluciones de este Tribunal tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, norma ésta que vino a producir un vuelco en la materia al introducir la caducidad por inactividad de la Administración, frente al sistema presente en la vieja Ley de Procedimiento Administrativo que solamente contemplaba la caducidad por inactividad de los administrados. La solución dada por el Tribunal consiste en negar la aplicación de la caducidad establecida en la Ley 30/1992 y el Reglamento que la desarrolla en lo que respecta al ejercicio de la capacidad sancionadora por las razones consignadas en la Resolución de 31 de marzo de 1998 (Expte. 403/97, Arquitectos Canarias).

Según la doctrina contenida en la mencionada Resolución, la Ley de Defensa de la Competencia es una Ley especial que con tiene un conjunto normativo completo, tanto material como procesal, y sólo de forma supletoria le puede ser aplicada la Ley procesal administrativa, tal y como establece el artículo 50 de la Ley de Defensa de la Competencia.»

El mismo argumento había sido expuesto en el Auto de 20 de marzo de 1996 (Expte. 369/96) que es, después, recogido en la Resolución de 20 de abril de 1999 (Expte. 428/98) en el que se establece que:

«En cuanto a la caducidad, cabe manifestar que, tal y como ha afirmado el TDC en la Resolución de 9 de diciembre de 1997 en relación con el expediente r 257/97, “la condición de aplicabilidad del artículo 43.4 se da cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables a los ciudadanos” y este expediente ha sido iniciado por medio de denun-

cia y, al tener el denunciante interés legítimo, se le considera interesado en el expediente y el procedimiento es susceptible de producir efectos favorables para los ciudadanos interesados; por lo que no le es de aplicación el artículo 43.4 de la LRJAP y PAC.

Por otra parte, el TDC ha indicado en la misma Resolución razones adicionales para la no aplicabilidad del artículo 43.4 de la LRJAP y PAC, como son el interés público que persigue la LDC y la multitud de trámites que han de seguirse en dos órganos sucesivamente para que se produzca una resolución que, aún con plazos breves y tasados, haría absurda la aplicación a este procedimiento del plazo de seis meses previsto en el Real Decreto 1398/93, que está concebido para actuaciones generales de la Administración en el ámbito sancionador.

Además el TDC en su Auto de 20 de marzo de 1996 (Expte. 369/96), resalta que la LDC no establece plazos máximos de tramitación, sino plazos para los múltiples trámites previstos en ella afirmando: «Conviene recordar que se trata de un singular y especial procedimiento a dos niveles: instrucción en el Servicio de Defensa de la Competencia y resolución por el Tribunal de Defensa de la Competencia. El procedimiento en el Servicio incluye la instrucción de una información reservada, en su caso, la incoación del expediente, la publicación de una nota sucinta en el BOE, el establecimiento de un Pliego de Concreción de Hechos, su notificación a los infractores para alegaciones y proposición de pruebas, la valoración de pruebas y la redacción del informe que se eleva al Tribunal (artículo 36 y 37 LDC). Llegado el expediente al Tribunal, éste resolverá su admisión en el plazo de 5 días, poniendo el expediente de manifiesto a los interesados y concediéndoles un período de quince días para proposición de pruebas y solicitud de celebración de vista; sobre la pertinencia de las pruebas el Tribunal resolverá en el plazo de 5 días; el resultado de las pruebas se pondrá de manifiesto a los interesados para su valoración por un plazo de 10 días, pasado, por fin, a la vista o conclusiones, salvo que se aplaze la resolución por acordarse diligencias para mejor proveer o por concurrencia con procedimiento en Organos Comunitarios europeos (artículo 39 a 44)” ... “Por ello, cabe reafirmarse, como se decía en el párrafo anterior en que a la LDC no le son aplicables plazos máximos del Real Decreto 1398/93, sino los plazos que ella misma prevé para los diferentes trámites que establece”».

3. Una consideración importante en el Auto y las Resoluciones citadas es la de que el procedimiento en materia de defensa de la competencia es un procedimiento sancionador que tiene la particularidad de poder iniciarse no sólo de oficio, sino también por denuncia de parte interesada; además, dicho procedimiento es susceptible de producir efectos que van más allá de la mera sanción. En el caso que nos ocupa concurre la circunstancia de que el procedimiento ha sido, en efecto, iniciado por denuncia de D. Juan Buirra Cluet, cuya empresa estableció vínculos contractuales con el denunciado, vínculos que podrían verse afectados por las decisiones de este Tribunal. Dicha parte, en su escrito de 16 de marzo de alegaciones al Tribunal señala que:

«PRIMERO. Salvo el extremo que luego se dirá, mostramos nuestra total conformidad con las resoluciones de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, solicitando en su consecuencia, se dicte resolución declarando la nulidad radical de las cláusulas a que se refiere nuestra denuncia.»

Aunque el fundamento de la solicitud de D. Juan Buirra es incorrecto, en el sentido de que la declaración de nulidad de los contratos objeto de la denuncia no corresponde, según doctrina sentada en diversas resoluciones, al Tribunal de Defensa de la Competencia, no es menos cierto que, en virtud del Art. 1.2 de la LDC, son nulos de pleno derecho los acuerdos que vulneren la prohibición del artículo 1.1. de dicha ley. Por ello, el que este Tribunal aprecie o no la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC constituirá un elemento decisorio funda-



**SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA**

mental a la hora de que los Tribunales ordinarios establezcan qué aspectos de los contratos en su día suscritos entre ILEMO, S.A., propiedad del D. Juan Buira Cluet, y HARTVIG JENSEN CO. A/S (hoy HARDI) han de quedar afectados por la declaración de nulidad del citado artículo 1.2. Por tanto, el presente caso constituye un ejemplo concreto de las razones que, con carácter general, ha venido enunciando el Tribunal para justificar que el procedimiento ante los órganos de defensa de la competencia tiene características que no permiten su asimilación a los procesos iniciados de oficio, y muestra el buen fundamento de esa doctrina.

4. El recurrente, en su escrito de alegaciones a este Tribunal de 26 de marzo de 1999, introduce una consideración adicional ya que, al referirse a las Resoluciones que han sentado la doctrina del Tribunal en materia de caducidad señala:

«Las Resoluciones en las que se ampara el informe de la Dirección General del Servicio, han sido dictadas, todas ellas, en supuestos distintos al presente en que la caducidad ha sido denunciada en el trámite del expediente, antes de que llegue al Tribunal y no, como ha ocurrido en aquellos otros resueltos, en que la caducidad ha sido denunciada ante el Tribunal una vez terminado el expediente.»

Tal distinción no resulta pertinente ya que, como se ha señalado anteriormente, la singularidad de los procesos de defensa de la competencia deriva de la confluencia de elementos de interés público y de posibles efectos civiles para los interesados, particularidades que no resultan afectadas por el momento procesal en que se solicita la nulidad.

5. D. Juan Buira Cluet, en su escrito de alegaciones ante este Tribunal, de 16 de marzo de 1999, además de apoyar la resolución de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia por la que se niega la caducidad, presenta dos peticiones adicionales: que sea declarada la nulidad radical de las cláusulas a las que se refiere su denuncia y que se declare prescrita la sanción por haber transcurrido cinco años desde que fueran cometidas las supuestas infracciones. Respecto de la primera, a la que ya se ha aludido brevemente, cabe señalar que es doctrina de este Tribunal que la competencia para declarar dicha nulidad corresponde a los tribunales ordinarios. En este sentido, la Resolución del expediente 370/96, en su fundamento jurídico número ocho, señala:

«Por diversas empresas, que reconocen en el expediente la ilegalidad del Acuerdo, se solicita del Tribunal que lo declare nulo con obligación de restitución de las cantidades percibidas y entregadas mutuamente.

El Tribunal no puede hacer este tipo de declaraciones ya que, si bien tiene reservado en nuestro Derecho interno la declaración de las prácticas contrarias a la libre competencia (STS Sala 1ª de 30 de diciembre de 1993), el conocer y resolver sobre aquellos otros procedimientos está reservado a los Juzgados y Tribunales, que ejercen la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos (artículo 117.3 de la Constitución). El TDC tiene limitado el contenido de sus Resoluciones en el procedimiento administrativo-sancionador en materia de libre competencia al señalado por el artículo 46 LDC. Además, la nulidad de los acuerdos, decisiones y recomendaciones contrarias al artículo 1 LDC surge como radical o absoluta de la propia contravención legal, como expresa -mente señala el número 2 del citado precepto ("son nulos de pleno derecho..."), pero ha de hacerse valer ante la jurisdicción».

6. En cuanto a la pretensión de D. Juan Buira de que se declare la prescripción de la sanción, debe entenderse que se refiere a la prescripción de la infracción, puesto que, en el momento de ser examinado el presente recurso, el expediente no ha dado lugar a la imposición de ningún tipo de sanción. La posible infracción deri-

va de los acuerdos suscritos entre HARDI y D. Juan Buira, en los años 1988 y 1990, en los que se estipulaba la obligación del segundo de abstenerse de competir con el primero. La vigencia de dichos pactos era ilimitada, por lo que, de haberse cumplido, no podría apreciarse prescripción de la infracción, ya que ésta tendría un carácter continuo en el tiempo. El cumplimiento o incumplimiento por parte de D. Juan Buira de los compromisos contractuales, posiblemente ilícitos, adquiridos frente a HARDI, así como la trascendencia jurídica de esos pactos y de su eventual incumplimiento constituye un extremo que no se encuentra suficientemente clarificado, por lo que deberá dilucidarse en el procedimiento fundamental y no en la resolución del incidente procesal que actualmente nos ocupa.

7. Por todas estas razones procede desestimar el recurso contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE

Desestimar el recurso interpuesto por HARDI INTERNATIONAL A/S contra el Acuerdo, de 29 de enero de 1999, de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, por el que se desestima la solicitud expresa de caducidad del expediente 1474/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, incoado por denuncia de D. Juan Buira Cluet contra HARDI INTERNATIONAL A/S por supuestas conductas restrictivas de la competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución. ■

(Expte. 433/98, Transformadores Eléctricos)

■ En Madrid, a 3 de junio de 1999

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal y TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Antonio Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 433/98 (1145/94 del Servicio de Defensa de la Competencia —en adelante, el Servicio y SDC—) iniciado por denuncia presentada por Transformadores Eléctricos de Medida, S.L. (TEM) contra Eléctricas Reunidas de Zaragoza, S.A. (ERZ), por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la discriminación para la instalación de transformadores eléctricos de media y baja tensión.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 13 de septiembre de 1994 la empresa TEM denunció a ERZ por exigir en la instalación de transformadores eléctricos de medida, protección y alimentación para media y baja tensión las Normas Internas 580008.2 y 580007.4, redactadas conforme a las Recomendaciones de Unidad Eléctrica, S.A. (UNESA) RU4201A y RU4202A, estableciendo discriminaciones entre productos de distintas procedencias, lo que podría suponer un abuso de su posición de dominio.

2. El Servicio realizó una información reservada como diligencia previa a la incoación del correspondiente expediente, con-



S E C C I O N
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

sistente en requerir a ERZ información referida a la necesidad de su autorización para la instalación y utilización de los transformadores eléctricos de medida, protección y alimentación, tanto en baja como en media tensión, y de otras cuestiones conexas a la problemática surgida con determinados aparatos eléctricos comercializados por la denunciante TEM, a la que, a su vez, se requirió información relativa a extremos semejantes, al objeto de contrastar las informaciones.

Asimismo, el Servicio requirió a la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Comunidad Autónoma de Aragón informe relativo a la legislación aplicable a los transformadores eléctricos y a las actuaciones administrativas llevadas a cabo a raíz de la petición de intervención instada por TEM (folio 152) que fue contestado el 24 de febrero de 1995 (folios 202-221), así como a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Industria y Energía informe sobre la cuestión debatida y todas sus repercusiones técnicas para las compañías eléctricas y comerciales, para los distribuidores de aparatos transformadores (folio 152) que fue contestado con fecha 7 de marzo de 1995 (folios 198-201).

3. Por Providencia de 21 de marzo de 1995, estimando la existencia de indicios racionales de posible infracción de la LDC, el Servicio acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación del oportuno expediente contra ERZ, lo que se notificó a las partes (folio 222).

4. Con fecha 18 de abril de 1996 el Servicio acordó el sobreseimiento del expediente al concluir que, con posterioridad a los hechos denunciados, no existía ningún dato, indicio o prueba de que ERZ hubiese puesto algún tipo de impedimento a sus clientes abonados e instaladores eléctricos con la intención de obstaculizar que se adquirieran o instalasen los equipos verificados de la empresa TEM (folios 476-486).

5. Por Resolución de 21 de octubre de 1996 (Expediente R 163/96) el Tribunal estimó el recurso interpuesto por TEM contra el sobreseimiento acordado por el Servicio, por considerar que el asunto que debe debatirse es determinar si una empresa, actuando individualmente, o el conjunto de las empresas eléctricas, actuando colectivamente, han tratado de establecer barreras de entrada para impedir la comercialización de determinados productos, que hay que instalar necesariamente, en algunos casos, en las redes de energía eléctrica e interesaba del Servicio se investigasen los comportamientos de las empresas que hubieran establecido normas técnicas internas (folios 532-552).

6. Con fecha 4 de noviembre de 1996, en cumplimiento de lo ordenado en la Resolución citada, el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó la continuación de la instrucción del expediente 1.145/94 y la incoación de expediente sancionador contra IBERDROLA, FENOSA y UNESA por posibles infracciones de los artículos 1 y 6 de la LDC y 85.1 y 86 del TCE, consistentes en la exigencia del cumplimiento de las normas empresariales internas y de las Recomendaciones UNESA, cuyas especificaciones delimitan y acotan las características de algunos productos, estableciendo barreras técnicas y discriminaciones entre productos de distintas procedencias (folios 643-644).

7. El día 31 de marzo de 1997 TEM presentó recurso ante el Tribunal contra la Providencia del Instructor del expediente en el Servicio por la que se acordó no proponer las medidas cautelares solicitadas por dicha empresa, ante el considerable perjuicio que podrían causar al sector eléctrico, recurso que fue desestimado por el Tribunal por Resolución de 24 de julio de 1997 (Expte. r 216/97).

8. Con fecha 16 de abril de 1997 el Servicio solicitó informe a la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN) (folios 1174-

1175) sobre distintas cuestiones relacionadas con la exigencia del cumplimiento de normas empresariales internas y las Recomendaciones UNESA para la instalación y utilización de los transformadores eléctricos de medida, protección y alimentación para media y baja tensión que fue contestado con fecha 17 de julio de 1997 (folios 1187-1195).

9. Con fecha 31 de octubre de 1997 el Servicio formuló Pliego de Concreción de Hechos en los siguientes términos:

HECHOS ACREDITADOS

Primero. Las empresas eléctricas, actuando colectivamente en el seno de UNESA en aplicación de los citados apartados de su objeto social, han establecido Recomendaciones, si bien de carácter voluntario, que suponen barreras técnicas de entrada al mercado de transformadores eléctricos de medida que hay que instalar necesariamente, en algunos casos, en las redes de energía eléctrica y que han tenido como efecto obstaculizar la comercialización de los correspondientes a la denunciante.

Dichas Recomendaciones resultan acreditadas por:

a) El Preámbulo de la RU 4201 A (folio 762) donde se recoge: «En la elaboración de la Recomendación UNESA 4201 A se ha tomado como base la norma UNE 21-088-81 (1) y se han considerado también las demás normas que figuran en el capítulo de referencias.

La Recomendación ha sido sometida a la aprobación de las empresas de UNESA y han manifestado explícitamente su aceptación las siguientes:

ID, HE, UEF, CSE, HC, EV, HEC, UNELCO y SEGRE.

En consecuencia, la Recomendación UNESA 4201 A quedó definitivamente aprobada por el comité de Distribución en la reunión del 18 de septiembre de 1985.

...

NOTA

La aceptación de una Recomendación es el compromiso adquirido por una empresa de seguir fielmente el documento e incorporarlo a su normativa particular, si la tuviese, en el plazo máximo de un año y, por tanto, al uso del material o equipo unificado...».

b) El documento (folios 614 a 623) denominado CURSO SOBRE MATERIAL ELECTRICICO DE MEDIA TENSION, concretamente el contenido de los apartados 1.3.1. in fine y 1.3.2 (folio 621).

«Una vez elaborada la Recomendación por el Grupo de Trabajo, se presenta la propuesta a las empresas, que tienen la posibilidad de no aceptarla, en cuyo caso cabe una nueva redacción de la Recomendación acordada entre todas las empresas, o bien la puesta en vigor sólo para las empresas que la han aceptado, caso que prácticamente no se da o aceptar la RU a todos los efectos, con lo que se adquiere el compromiso de que en un determinado período se transforma en normativa de obligado cumplimiento dentro de la empresa que ha aceptado la Recomendación. Este último caso es el más normal dada la forma en que se elabora la Recomendación.

1.3.2. Uso de las recomendaciones.

Las RU han constituido una referencia, no sólo de las empresas eléctricas, sino de todas aquellas empresas o fabricantes relacionados con el Sector, y se utilizan como Norma de obligado



S E C C I O N
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

cumplimiento para la ejecución de las instalaciones de distribución; como referencia casi obligada en la ejecución de instalaciones de enlace, o incluso de instalaciones interiores de viviendas como complemento del R.E.B.T. (en algunos casos constituye una ampliación del contenido reglamentario, en forma similar a las «hojas amarillas»; y como norma de obligado cumplimiento para los materiales que se adquieren por las Compañías eléctricas, una vez concedida la Calidad UNESA a los mismos, por lo que los fabricantes tienen que ajustarse estrictamente a la Recomendación».

c) La información facilitada por UNESA (folios 737 a 748), y más concretamente en el folio 740 donde figura: «... Como las RU no obligan a las compañías, y éstas tienen libertad para adaptarlas o no a su normativa particular, carecería de sentido que UNESA pretendiese que las RU en cuanto Tales adquieran carácter distinto del que poseen, más aun cuando UNESA no es, ni pretende ser, un organismo normalizador de los que define el artículo 8 del Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial», en el folio 741, por su parte, figura: «Existe una marca denominada «Calidad UNESA» (CU) que concede UNESA y que establece la conformidad de los productos y de los proveedores con las Recomendaciones UNESA», y en el folio 742 «Han obtenido la Calidad UNESA para los transformadores de medida los siguientes fabricantes:

- Electrotécnica Artech Hermanos, S.A.
- Schlumberger Industries, S.A.
- S.A. de Construcciones Industriales.

Se encuentra en la actualidad en la primera fase de tramitación:

- Tesar, S.r.L. (Chiassa Superiore, Arezzo, ITALIA).

No se ha denegado a ningún fabricante la CU».

d) La información facilitada por ENHER (folio 394) indica: «ENHER participa regularmente en la redacción de las Recomendaciones UNESA» y se añade: «Las Recomendaciones Unesa son aceptadas libremente por las empresas eléctricas para la adquisición de su propio material y se ofrecen a los Clientes que solicitan asesoramiento como material recomendado. Las normas UNE citadas en los Reglamentos, son de obligado cumplimiento y están acordes a las normas internacionales pero tienen un carácter genérico. Las RU escogen determinados parámetros normalizados en las normas UNE de acuerdo a las características de la distribución pública en España, evitando una segmentación excesiva del mercado y favorece la intercambiabilidad entre diferentes fabricantes».

e) La carta de fecha 16 de octubre de 1991 remitida por COMPAÑIA SEVILLANA a TEM (folio 58) en la que se expresa textualmente «... Para el «Sistema de Aseguramiento de la Calidad», pueden presentar Certificado de Registro de Empresa, dado por el organismo oficial italiano equivalente al AENOR español, Calidad UNESA, o si no disponen de estos certificados presentar nos el «Manual de Calidad» de la empresa FTR, para nuestro análisis.

Para los productos, deberán presentarnos, certificados de ensayos realizados por el organismo oficial equivalente al AENOR español, Calidad UNESA, o certificados de ensayos realizados por fábrica en Laboratorios acreditados italianos».

f) La carta de fecha 21 de abril de 1993 remitida por ERZ a TEM (folio 66) en la que se indica textualmente: «... que para proceder a la autorización ERZ de los transformadores de medida y/o protección para M.T. fabricados por FTR y distribuidos por

Vds. Rogamos nos envíen a la mayor brevedad posible la siguiente documentación adicional:

...

Relación de tipos y modelos cuya autorización solicitan de acuerdo a los especificados en nuestras normas técnicas ERZ número 580008.2 y 580007.4 (folios 70 a 147) redactadas en base a las exigencias de las RU 4201A y 4202A...».

g) La carta de fecha 30 de junio de 1993 remitida por FENOSA a TEM (folio 602) en la que se expresa textualmente «... los transformadores... son aceptados para su instalación en la medida de los suministros a Clientes en el ámbito de nuestra empresa, siempre que cumplan las normas UEFE, tanto en el aspecto técnico como comercial.

En caso de estar interesado en ser proveedor de UNION FENOSA sería preceptivo que estos transformadores obtuvieran el Certificado de Conformidad de UNESA que es preciso para este tipo de materiales, así como reunir los requerimientos exigidos para nuestros suministradores».

h) La información facilitada por UNESA (folios 285 a 288) y más concretamente en el folio 287 donde expresamente se indica «Tienen concedida la Calidad UNESA (certificación al producto) SACI, ARTECHE, LABORATORIO ELECTROTECNICO. SCHLUMBERGER está sometiendo sus transformadores al proceso de certificación correspondiente».

i) La información facilitada por FECSA (folio 384) señala expresamente «FECSA dispone de Normas Técnicas que recogen, de entre los tipos definidos en las normas UNE y seleccionados en las Recomendaciones UNESA, los que son aplicables a las condiciones técnicas concretas de la red, en la que van a instalarse» y en el folio 386 «FECSA interviene en los grupos de trabajo que, junto con todos los Fabricantes que manifiestan sus deseos de participar, elaboran las propuestas de recomendación UNESA, basadas en las UNE correspondientes».

j) La información facilitada por UNELCO (folios 398 a 402) señala: «..., TEM únicamente ha solicitado la documentación que hay que cumplimentar para efectuar la petición de Suministrador Homologado». En el folio 400 se indica que: «UNELCO participó en la redacción de las Recomendaciones UNESA 4201A y 4202A en los años 1983 y 1984».

k) La información facilitada por HIDROELECTRICA DE CATALUÑA (folio 406) que reproduce la facilitada por ENHER y recogida en el apartado h).

l) La información facilitada por ELECTRA DEL VIESGO (folio 416) donde señala que: «Viesgo es miembro de UNESA y participa en sus grupos de trabajo como otras compañías eléctricas».

ll) La información facilitada por FENOSA (folios 419 a 421) que indica: «La participación de nuestra Sociedad ha sido como miembro de un Grupo de trabajo creado para el estudio de los transformadores de medida dentro de AENOR».

m) La información facilitada por SEVILLANA (folios 422 a 424) que dice: «Compañía Sevillana de Electricidad interviene en las Recomendaciones que UNESA edita, bien en participación directa en los grupos de trabajo, bien analizando las propuestas que otros grupos editan, mandando observaciones».

n) La información facilitada por HIDROELECTRICA DEL CANTABRICO (folios 432 y 433) donde literalmente dice: «HIDROELECTRICA DEL CANTABRICO colabora con los grupos de trabajo que elaboran las recomendaciones basadas en las UNE correspondientes».



**SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA**

ñ) En la Norma Interna de IBERDROLA número 72.50.01 facilitada por TEM (**folio 1296 a 1303**) figura: «2. NORMAS DE CONSULTA. RU 4201 A Transformadores de medida y protección hasta 36 Kv. Transformadores de intensidad... 3.2. GENERALES. Los transformadores objeto de esta norma cumplirán en todo con lo establecido en la RU 4201 A, y consecuentemente con las normas UNE allí referenciadas, muy especialmente con la UNE 21088... 3.9. dimensiones de la placa soporte. Según RU 4201A... 6. ENSAYOS. Se realizarán de acuerdo con lo establecido en la RU 4201A, según se indica en las normas UNE que allí se relacionan, esto es, UNE 21088, ... 7.1. CALIFICACION. ... Para la calificación del material según esta norma podrá exigirse... —calidad UNESA— calificación directa de IBERDROLA... La calificación IBERDROLA, incluye fundamentalmente: ... realización de ensayos indicados en el capítulo 5 de la RU 4201A. 7.2. RECEPCION ...En principio se seguirá el criterio establecido en la RU 4201...».

o) La carta de IBERDROLA a TEM de fecha 13 de diciembre de 1993 (**folio 1305**) indica: «En relación con su carta de fecha 3 de los corrientes por la que nos manifiestan su disconformidad a la decisión de IBERDROLA, S.A. de no aceptar las instalación de Transformadores Eléctricos de Medidas para media tensión en los centros de transformación de los clientes, que no cumplan las Recomendaciones UNESA (RU 4201A y RU 4202A), les manifestamos que dicha decisión obedece al estricto cumplimiento de la Norma de Iberdrola 00.14.95 de septiembre de 1993. Esta decisión ha sido comunicada a todos los fabricantes e importadores de transformadores eléctricos de medida».

p) En la Norma Interna de IBERDROLA número 00.14.05 facilitada por ésta a TEM (**folio 1306 a 1309**) figura: «2. REQUISITOS DE LOS APARATOS PROPIEDAD DEL CLIENTE... b) Si se trata de transformadores de medida, y ante la imposibilidad de disponer de la homologación debido al vacío legal existente el respecto, se exigirá que los mencionados transformadores cumplan las correspondientes Recomendaciones Unesa (RU 4201A y RU 4202A) y vengán acompañados de los oportunos protocolos facilitados por el fabricante. ... Con independencia de lo anteriormente indicado, por parte de Iberdrola se recomendarán las marcas y modelos que figuran en los Anexos de nuestras normas internas (NI) por entender que la calidad y precisión de los equipos de medida es mutuamente beneficiosa para el cliente e Iberdrola, máxime en el caso particular de los transformadores de medida de MT y AT, cuyas averías tienen influencia importante en la continuidad del servicio».

q) En la Norma Interna de FENOSA facilitada por TEM (**folios 1314 a 1324**) figura: «2.8. REFERENCIAS. a) Documento base. Para la redacción de la presente Norma se ha tenido en cuenta básicamente la RU 4202 (basada a su vez en la Norma 21-088). B) Normas para consulta. ... RU 4202 Transformadores de medida (tensión)».

Segundo. ERZ venía exigiendo, al menos hasta 1994 que, para ser instalados por sus abonados clientes, los transformadores eléctricos de medida, protección y alimentación para media y baja tensión distribuidos por su empresa debían cumplir con unas Normas Internas 580008.2 y 580007.4, redactadas sobre la base de las Recomendaciones UNESA (RU 4201A y RU 4202A), cuyas especificaciones delimitan y acotan las características de los productos, estableciendo discriminaciones entre los mismos productos de distintas procedencias (**folios 163 a 165 y 219 a 221**).

Tercero. IBERDROLA ha puesto trabas para la instalación por los clientes abonados de los aparatos distribuidos por TEM.

Dicha actuación resulta acreditada por:

a) Resolución de 17 de febrero de 1994 de la Generalitat Valenciana (**folio 764**) figura «... Resultando que con fecha regis-

tro de entrada 03.01.94, la empresa IBERDROLA, S.A. presenta escrito de contestación informando que las Recomendaciones UNESA son acuerdos entre fabricantes y empresas del sector eléctrico nacional, que delimitan las normas UNE... Que IBERDROLA, S.A. recientemente ha aprobado una norma interna, la NI 00.14.05, por la que se establecen los requisitos que deben cumplir los aparatos de medida pertenecientes a clientes».

b) La carta de fecha 15 de enero de 1995 (**folio 767**) dirigida por CENTRAELECTRIC, S.A. a TEM figura: «... los problemas que Iberdrola está poniendo a tus productos y en algunos casos como Navarra y Cantabria hemos tenido que desistir a su instalación, ante la postura de los responsables de Iberdrola de la zona, donde han recomendado sin traba algunos transformadores de Artech o los que figuran como aceptados en el anexo a las Normas IB».

c) En el fax de fecha 8 de junio de 1995 (**folio 1257 a 1263**) dirigido por la empresa AESA a TEM figura: «MANUAL TECNICO... 6.1. TRANSFORMADORES DE TENSION... Los transformadores destinados a instalaciones de intemperie, estarán contruidos en aceite. Para interior hasta 36 Kv, será según recomendación UNESA 4202A. En el caso de no tener certificado de calidad UNESA, deberá presentar los ensayos eléctricos y mecánicos de acuerdo con las normas UNE». En los mismos términos se hace referencia en el punto 6.2 a los TRANSFORMADORES DE INTENSIDAD.

d) La información facilitada por IBERDROLA (**folios 388 a 392**), y más concretamente en los **folios 391 y 392** figura el documento denominado: «CONSIDERACIONES A LOS TRANSFORMADORES DE INTENSIDAD F.T.R., QUE SIN VULNERAR LA NORMATIVA VIGENTE, DEBEN SER CONOCIDOS POR LOS SOLICITANTES DEL SUMINISTRO ELECTRICO A TENOR DE SU DERECHO A UNA VERAZ Y EFICAZ INFORMACION».

VALORACION JURIDICA

A) Cargos imputables a UNESA.

La actuación de UNESA contenida en el hecho primero constituye una conducta prohibida por el artículo 1.1. a) y b) de la LDC.

Los acuerdos asociativos adoptados en el seno de UNESA para delimitar y acotar las características de algunos productos, estableciendo barreras técnicas y discriminaciones entre productos de distintas procedencias, constituye una infracción de los artículos citados, porque tienen por objeto fijar de forma directa las condiciones técnicas que deben cumplir los equipos transformadores de medida de baja y media tensión mediante la aprobación de las recomendaciones RU 4201A y 4202A, sin tener capacidad legal para ello, ya que a dichos aparatos sólo le son aplicables y exigibles las normas UNE aprobadas por la Administración y vigentes en cada momento. Al imponer sus propias homologaciones o certificaciones de calidad, las recomendaciones de UNESA tienen el efecto de restringir la competencia en el mercado de los equipos de transformación y medida mediante barreras de entrada no justificadas.

La conducta reseñada afecta de forma clara al comercio intracomunitario en el sentido de lo dispuesto en el artículo 85.1 del TCE.

B) Cargos imputables a ERZ

Las conductas reseñadas contenidas en el hecho segundo constituyen sendas infracciones a los artículos 6.2. a) y b) de la LDC y 86.2 a) y b) del TCE, al exigir, al menos hasta 1994, que para ser instalados por sus abonados clientes, los transformadores eléctricos de medida, protección y alimentación para media y baja tensión distribuidos por TEM debían cumplir con unas Normas Internas, redactadas sobre la base de las Recomendaciones UNESA (RU 4201A y RU 4202A), cuyas especificaciones delimi-



SECCION ESTADISTICO- INFORMATIVA

tan y acotan las características de los productos, estableciendo discriminaciones entre los mismos productos de distintas procedencias.

C) Cargos imputables a IBERDROLA

Las conductas reseñadas contenidas en el hecho tercero constituyen sendas infracciones a los artículos 6.2 a) y b) de la LDC y 86.2 y b) del TCE, al exigir que, para ser instalados por sus abonados clientes, los transformadores eléctricos de medida, protección y alimentación para media y baja tensión distribuidos por TEM debían cumplir con unas Normas Internas, redactadas sobre la base de las Recomendaciones UNESA (RU 4201A y RU 4202 A), cuyas especificaciones delimitan y acotan las características de los productos, estableciendo discriminaciones entre los mismos productos de distintas procedencias.»

10. Por Providencia de 14 de noviembre de 1997 se acordó el cambio de Instructor, lo que se notificó a las partes.

11. Con fechas de 21 y 27 de noviembre y de 1 y 3 de diciembre de 1997 formularon alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos ERZ, TEM, UNESA e IBERDROLA, respectivamente.

12. El día 7 de enero de 1998 el Servicio acordó el sobreseimiento parcial del expediente en cuanto a las imputaciones referidas a FENOSA, al no estimar que se hubieran producido las conductas denunciadas consistentes en la existencia de un acuerdo entre las compañías eléctricas para el establecimiento de barreras a la importación de productos extranjeros. Dicho Acuerdo no fue recurrido.

13. Por Providencia de 20 de marzo de 1998 el Servicio admitió a trámite la solicitud de autorización singular presentada por UNESA con el número 1.778/98, y acordó la acumulación, en esa misma fecha, al expediente sancionador 1.145/94 (folio 1.679) y la publicación en el BOE con fecha 3 de abril de 1998 de la nota sucinta a efectos de información pública (folio 1.821).

14. Con fecha 23 de marzo de 1998 el Servicio solicitó informe a la CSEN sobre la necesidad de adecuar los Estatutos Sociales de UNESA a la legalidad vigente (folio 1801) que fue contestado con fecha 6 de mayo de 1998 (folios 1835-1840).

15. Con fecha 24 de marzo de 1998 el Servicio solicitó al Instituto Nacional del Consumo el informe del Consejo de Consumidores y Usuarios previsto en el artículo 38.4 de la LDC y el artículo 5 del RD 157/1992, que se recibió en el Tribunal el día 11 de junio de 1998 y concluía en los siguientes términos:

«En consecuencia, el Consejo de Consumidores y Usuarios considera que la solicitud de autorización singular formulada por UNESA debería denegarse, ya que los motivos de dispensa por razones de eficiencia económica invocados carecen de fundamento, ya que ni producen «beneficios», de mejora de la producción o comercialización o de promoción del progreso técnico y económico ni por ende permiten a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas, mientras que por el contrario producirían perjuicios apreciables a la competencia por la creación de una barrera de entrada en el mercado y la posible eliminación de la competencia respecto de una parte sustancial de los productos. Y subsidiariamente, de considerarse la posible existencia de abuso de posición dominante, se deniegue la autorización singular solicitada por dicho motivo».

16. Con fecha 15 de abril de 1998 TEM formuló alegaciones a la solicitud de autorización singular presentada por UNESA.

17. Declaradas concluidas las actuaciones, el Servicio redactó el Informe-Propuesta el día 20 de mayo de 1998.

En el mismo, tras recoger las actuaciones practicadas, se señalan,

además de los imputados en el Pliego, otros hechos acreditados relevantes como los siguientes:

1. ACTUACION DE ERZ

ERZ ha puesto trabas para la adquisición propia de los aparatos distribuidos por TEM, al menos, hasta 1994.

Dicha actuación resulta acreditada por la información facilitada por ERZ donde consta expresamente (**folio 148**): «ERZ únicamente aplica sus propias normas (coincidentes con las recomendaciones UNESA, por otro lado) **para sus propias instalaciones...**» y (**folio 176**) «Pues bien, de acuerdo con la recomendación UNESA 4.201 A (de septiembre de 1985 y utilizada por todas las Compañías españolas)...» y en el folio 178 se señala: «... Pero, si los criterios de protección de la red de distribución son importantes, tampoco son despreciables los derechos del resto de los fabricantes españoles, que construyen sus transformadores de acuerdo con los valores establecidos por las recomendaciones UNESA...».

ERZ no se ha negado a la adquisición propia de los aparatos distribuidos por TEM de 1994 en adelante.

Dicha actuación resulta acreditada por la adquisición de 43 aparatos (**folios 858 a 888**).

2. ACTUACION DE FENOSA

FENOSA no ha puesto trabas para la instalación por los clientes abonados de los aparatos distribuidos por TEM.

Dicha actuación resulta acreditada por:

a) La carta de fecha 30 de junio de 1993 remitida por FENOSA a TEM (**folio 602**) en la que se dijo textualmente «... los transformadores... son aceptados para su instalación en la medida de los suministros a Clientes en el ámbito de nuestra empresa, siempre que cumplan las normas UEFE, tanto en el aspecto técnico como comercial».

b) La instalación de transformadores distribuidos por TEM en COGENERACION PALAU y COOPERATIVA ELECTRICA DE PERALES DE TAJUÑA (**folio 698**), CAOBAR, GANIMEX, CONCESIONARIOS HERRANZ, S.A., AGROMAN, HERMANOS PORRES, MINISTERIO DE DEFENSA, HILTI ESPAÑOLA, S.A., RETEVISION, ITAOCA, FRIMENTAL, JOTSA, CONTINENTE, CERAMICA CUATRO PALOMAS, ARCILLEX, LEIFAM, S.A. y O.C.P. CONSTRUCCIONES (**folios 751 y 752**).

No obstante, FENOSA ha puesto trabas para la adquisición propia de los aparatos distribuidos por TEM.

Dicha actuación resulta acreditada por:

a) La carta de fecha 30 de junio de 1993 remitida por FENOSA y dirigida a TEM (**folio 602**) en la que se dijo textualmente «... los transformadores... son aceptados para su instalación en la medida de los suministros a Clientes en el ámbito de nuestra empresa, siempre que cumplan las normas UEFE, tanto en el aspecto técnico como comercial».

En caso de estar interesado en ser proveedor de UNION FENOSA sería preceptivo que estos transformadores obtuvieran el Certificado de Conformidad de UNESA que es preciso para este tipo de materiales, así como reunir los requerimientos exigidos para nuestros suministradores».

b) La información facilitada por FENOSA (**folios 750 a 752**), y más concretamente en el **folio 751** figura: «...La aceptación de conformidad se hace con las normas UNE. Para la instalación en puntos concretos de medida en nuestra Distribución, se facilitan al cliente los valores técnicos específicos del punto de conexión, para garantizar las condiciones de SEGURIDAD Y CALIDAD DEL SUMINISTRO. Por su carácter de orientación general respecto de las características de las instalaciones eléctricas en España, se facilitan las referencias de UNESA».



**SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA**

3. ACTUACION DE IBERDROLA

IBERDROLA ha puesto trabas para la adquisición propia de los aparatos distribuidos por TEM.

Dicha actuación resulta acreditada por:

a) La comunicación interna de IBERDROLA de fecha 11 de enero de 1993 (**folio 62**) indica: «Sin que suponga motivo de rechazo, podemos indicar que, entre otras, las diferencias detectadas entre estos transformadores de medida y los que en la actualidad adquiere IBERDROLA son: ...».

b) La información facilitada por IBERDROLA (**folios 891 y ss**), y más concretamente en el **folio 391** figura: «... El cumplimiento de dichas normas (internas de Iberdrola, S.A. sobre verificación de aparatos de medida y transformación) se exige, exclusivamente, a aquellos aparatos que compra Iberdrola, S.A. a sus proveedores». En los **folios 894 a 921** se contienen las denominadas «NORMAS PARTICULARES PARA INSTALACIONES DE MEDIDA DE ENERGIA ELECTRICA. Manual Técnico de Distribución y Clientes». En el **folio 922** se contiene relación de los transformadores rechazados por el Laboratorio de IBERDROLA en Madrid.

El mercado afectado comprende, geográficamente, España y los territorios atendidos por cada una de las generadoras imputadas y, desde el punto de vista del producto, es el de la comercialización e instalación de equipos de transformación y medida para las redes de energía eléctrica de baja y media tensión. Se trata de un mercado relacionado con el de la distribución de energía eléctrica y, en cierta medida, dependiente de éste porque tanto los instaladores como los clientes se ven obligados a seguir las especificaciones técnicas impuestas por las empresas eléctricas que, al acotar las características de los productos, limitan de este modo su capacidad de elección a la hora de seleccionar los productos, estableciendo discriminaciones entre los mismos productos de distintas procedencias. Así, al imponer sus propias homologaciones o certificaciones de calidad, las Recomendaciones UNESA y las conductas unilaterales de cada una de las imputadas han tenido el efecto de distorsionar la competencia en el mercado de los equipos de transformación y medida mediante barreras de entrada no justificadas.

El Informe-Propuesta, en definitiva, califica de la siguiente forma las conductas examinadas:

— UNESA, al adoptar acuerdos asociativos entre sus socios, ha tratado de delimitar y acotar las características de algunos productos, estableciendo barreras técnicas y discriminaciones entre productos de distintas procedencias, lo que constituye una infracción del artículo 1.1 a) y b) de la LDC y del artículo 85.1 del TCE, al afectar al comercio intracomunitario de equipos de transformación para las redes de energía eléctrica.

— ERZ, al exigir, al menos hasta 1994 que, para ser instalados por sus abonados clientes, los transformadores eléctricos de medida, protección y alimentación para media y baja tensión distribuidos por TEM debían cumplir con las normas internas, redactadas sobre la base de las recomendaciones UNESA (RU 4201A y RU 4202A), ha tratado de imponer las características de algunos productos, estableciendo discriminaciones entre equipos similares de distintas procedencias, lo que constituye una infracción del artículo 6.2 a) y b) de la LDC.

— IBERDROLA, al exigir que, para ser instalados por sus abonados clientes, los transformadores eléctricos de medida, protección y alimentación para media y baja tensión distribuidos por TEM debían cumplir con las normas internas, redactadas sobre la base de las recomendaciones UNESA (RU 4201A y RU 4202A), ha tratado de delimitar y acotar las características de algunos productos, estableciendo discriminaciones entre los mismos equipos de distintas procedencias, lo que constituye una infracción del artículo 6.2 a) y b) de la LDC.

El Servicio estima que la delimitación del mercado relevante demuestra que las prácticas llevadas a cabo unilateralmente por ERZ e IBERDROLA no constituyen una explotación abusiva de una posición dominante en una parte sustancial del mercado común, por lo que no mantiene los cargos de infracción del artículo 86 TCE por ambas empresas.

En consecuencia, el Servicio propone al Tribunal que declare la existencia de las mencionadas conductas prohibidas imputables a UNESA, ERZ e IBERDROLA, que se intime a UNESA para que cese en imponer sus propias homologaciones o certificaciones de calidad, a través de las Recomendaciones UNESA, y a ERZ e IBERDROLA para que cesen de exigir que, para ser instalados por sus abonados clientes, los transformadores eléctricos descritos distribuidos por TEM, deban cumplir con unas Normas Internas redactadas sobre la base de las Recomendaciones UNESA y que se ordene a esta última que proceda a adaptar sus Estatutos a las exigencias de la LDC, una vez liberalizado el sector eléctrico por la Ley 54/1997, y a todas las imputadas la publicación a su costa de la Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en un diario de ámbito nacional de mayor tirada, imponiendo a las citadas tres empresas multas acordes con la gravedad de sus conductas, teniendo en cuenta que la actuación de ERZ e IBERDROLA no ha causado grandes efectos en las condiciones de competencia y que la actuación de UNESA es más grave porque ha tratado de crear barreras de entrada para impedir la comercialización de los transformadores del caso.

Para determinar la cuantía de la sanción, señala el Servicio que ERZ e IBERDROLA no han aportado datos sobre el volumen total de sus ingresos en el año 1997 y que la actividad de UNESA se financia con cargo a las cuotas que satisfacen sus miembros.

Por último, en cuanto a la calificación de la autorización singular, el Servicio considera que la Instrucción MIE RAT 02, del Real Decreto 3275/1982, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en centrales eléctricas, subestaciones y centros de transformación, establece las normas UNE de obligado cumplimiento y en su artículo 7 establece que «Las Empresas suministradoras de energía eléctrica podrán proponer especificaciones que fijen las condiciones técnicas que deben reunir aquellas partes de instalaciones de los consumidores que tengan incidencia apreciable en la seguridad, funcionamiento y homogeneidad de su sistema. El condicionado técnico al que deben ajustarse estas especificaciones y los trámites administrativos para su aprobación por el Ministerio de Industria y Energía se determinarán en las Instrucciones Complementarias de este Reglamento».

Por ello, las compañías eléctricas no pueden exigir para la instalación y utilización de los transformadores de medida y protección normas distintas a las que el Ministerio de Industria y Energía tenga establecidas y la exigencia de su cumplimiento constituye una barrera de entrada no justificada que impide el acceso de aquellos productores que fabriquen transformadores que, provenientes de otros Estados miembros, no hayan previsto el cumplimiento de tales normas particulares.

Por otro lado, el informe realizado por la CSEN pone de manifiesto la necesidad de adecuar los Estatutos Sociales de UNESA a la legalidad vigente en lo que se refiere a su labor de coordinar, por un lado, las actividades de producción, programación de la explotación, explotación, control y seguimiento, transportes, distribución y planificación, que las empresas eléctricas tengan atribuidas en la Ley 49/1984, de 26 de diciembre (artº 3 apdo. d) 1º), la actuación de las empresas en sus relaciones con usuarios, autoprodutores, fabricantes de equipos, proveedores de materias primas, etcétera, (artículo 3 apartado a)) y, por otro lado, su labor de realizar actividades de normalización, homologación y certificación técnica (artº 3 apdo. d) 7º).

El Servicio considera que las Recomendaciones UNESA 4201 y 4202 para las que se solicita autorización constituyen prácticas prohibidas por el artículo 85.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea porque imponen barreras injustificadas de entrada a la importación de transformadores originarios



SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

de otros Estados miembros de la Unión Europea. Su exención singular ex 85.3 es una competencia que, hasta el momento, corresponde en exclusiva a la Comisión.

Por otra parte, y al margen de la cuestión de competencia, el Servicio considera que no se ha justificado que se den las condiciones previstas en el artículo 3 de la LDC para la concesión de una autorización singular puesto que no se ha demostrado que las normas contribuyan a mejorar la generación o comercialización de energía eléctrica, ni permitan a los usuarios de los contadores participar en ventaja alguna derivada de las recomendaciones, ni impongan sólo restricciones indispensables y, además, posibilitan eliminar la competencia de una parte sustancial de los demás transformadores que cumplan las normas legales obligatorias.

Asimismo, el Servicio considera que los artículos 3 a), 3 c), 3 d) 1º, y 3 d) 7º de los Estatutos de UNESA deben ser objeto de modificaciones para su adaptación a las exigencias de la Ley de Defensa de la Competencia, una vez en vigor la Ley 54/1997 de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico pues, tal y como se encuentran redactados en la actualidad, los citados artículos de los Estatutos de UNESA infringen el artículo 1 de la LDC.

Por todo ello, a juicio del Servicio, no se dan las condiciones previstas en el artículo 3.1 de la LDC para la concesión de la autorización singular solicitada para las Recomendaciones UNESA 4201 y 4202, sobre especificaciones técnicas para los transformadores de medida y protección hasta 36 Kv.

18. Con fecha de 25 de mayo de 1998 se recibió el expediente en el Tribunal, admitiéndose a trámite por Providencia de 3 de junio, designándose Ponente y concediéndose plazo para proponer prueba y solicitar Vista, terminándose de notificar a las partes el día 15 del mismo mes.

19. Por sendas Providencias de 29 de junio de 1998 se concedieron las prórrogas de dicho plazo que habían sido solicitadas por las empresas imputadas.

20. Todas las partes interesadas en el expediente evacuaron el trámite, proponiendo la admisión y práctica de diversas pruebas y solicitando la celebración de Vista. ERZ, además, manifestó la existencia de causa de nulidad del expediente por indefensión ante el Servicio.

21. Por Providencia de 29 de diciembre de 1998 el Tribunal acordó remitir la solicitud de la prueba pericial propuesta por ERZ a los demás interesados para que se manifestaran sobre su pertinencia, ampliación a otros extremos y sobre los peritos que habrían de practicarla. IBERDROLA contestó proponiendo otro dictamen pericial sobre los transformadores del caso, en lo relativo al «Cuadrilátero de fijación», a realizar por un perito a su elección, prueba que fue rechazada por haberse solicitado fuera de plazo, si bien el técnico especialista que asistirá en la Vista a la parte proponente podrá en dicho trámite hacer la explicación correspondiente.

22. Mediante Auto de fecha 10 de marzo de 1999 el Tribunal acordó celebrar Vista y admitir y declarar pertinentes todas las pruebas propuestas con las siguientes excepciones, además de la anteriormente indicada: la señalada en el A.H. 2.1, propuesta por TEM, y la señalada en el A.H. 3.1.3, propuesta por IBERDROLA, por resultar ambas intrascendentes, dados los períodos de tiempo a los que se referían; además, el Tribunal acordó declarar procedente la testifical propuesta por ERZ, pero realizándola oralmente y no por escrito, como había sido solicitada, señalándose su celebración el día 29 de marzo de 1999, a las 10 horas, en la sede del Tribunal y emplazándose al resto de los interesados para que comparecieran a dicho acto si lo estimaban oportuno.

23. Con fecha 26 de marzo de 1999 tuvo entrada en el Tribunal escrito de ERZ del día anterior en el que reiteraba que procedía declarar la nulidad del expediente por las irregularidades procedimentales denunciadas en su escrito de 8 de julio de 1998,

como indefensión y caducidad ante el Servicio y nulidad del Auto sobre prueba del Tribunal —que no es un órgano jurisdiccional por lo que no puede dictar Autos— y por no acordar la testifical de la forma propuesta y con plazo suficiente, esto es, mediante remisión por oficio a los testigos a fin de que contestaran por escrito a las cuestiones planteadas, incorporando las repreguntas de las otras partes. Por ello, solicita se practique la mencionada prueba de la forma escrita propuesta y que, si el Tribunal considera necesario que se aporten las Memorias de ERZ de los ejercicios de 1995 a 1997, las solicite al Registro Mercantil de Zaragoza.

24. Con la misma fecha tuvo entrada en el Tribunal escrito de TEM adjuntando como prueba de la imposibilidad de que D. José Vizcaíno Ureña hubiera podido asistir a la testifical, cuya celebración había sido señalada para el día 29 de marzo, la citación para dicho día por el Juzgado número 18 de Valencia en otra causa.

25. El día 29 de marzo de 1999 no se celebró la prueba testifical señalada, al no asistir ninguno de los testigos ni la parte proponente, ERZ, ni ningún otro interesado, salvo la representación de IBERDROLA, de lo que se levantó la correspondiente Acta.

26. Por Providencia de 5 de mayo de 1999 el Tribunal acordó, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 40.3 LDC, poner de manifiesto a los interesados el resultado de las diligencias de prueba para que alegaran lo que estimasen pertinente sobre su alcance e importancia, evacuándose dicho trámite por los interesados.

Asimismo, de acuerdo con las previsiones del Auto sobre prueba, se fijó la celebración de la Vista el día 20 de mayo de 1999, a las 10 horas, en la sede del Tribunal.

27. Mediante Providencia de 17 de mayo de 1999 el Tribunal acordó, en respuesta a la solicitud de ERZ recibida en la misma fecha, señalar nuevamente la Vista para el día 25 de mayo de 1999, a las 9,30 horas, en la sede del Tribunal, lo que se comunicó a las partes interesadas y al Servicio.

28. El día 25 de mayo de 1999 se celebró la Vista del presente expediente, en la que hicieron uso de la palabra D. Miguel Candelario Zamora, Instructor del expediente, en representación del Servicio; D. José Francisco de Brugada Serrano, Letrado, en representación de TEM; D. Joaquín Solá Martínez, Letrado, en representación de ERZ; D. José Eugenio Soriano García, Letrado, y D. Juan Ramón Elourduy Euba, Técnico, en representación de IBERDROLA; y D. Rafael Allendesalazar Corcho, Letrado, en representación de UNESA.

Una vez abierta la sesión por el Sr. Presidente, el Letrado de ERZ planteó como cuestión previa la suspensión de la Vista por indefensión derivada de haberse agotado los plazos para valoración de prueba el pasado sábado día 22 de mayo, lo que le ha impedido preparar la Vista, así como al Tribunal conocer sus alegaciones (remitidas el mismo sábado pasado por correo administrativo) ni quizá las de otros interesados (si han utilizado igual procedimiento) de las que tampoco se le ha dado traslado; y no haberse practicado la prueba testifical que no fue rechazada por el Tribunal.

Terminada su exposición, el Presidente del Tribunal manifestó que éste tomaba nota de lo alegado, que se abordará en la Resolución definitiva y que no procedía la suspensión de la Vista.

Oído lo anterior, el Letrado de ERZ solicitó que constara en la Diligencia de Celebración de Vista su más enérgica, aunque respetuosa, protesta por la indefensión en que colocaba a su patrocinada la decisión adoptada.

A continuación, el Presidente concedió la palabra e intervinieron, por el orden indicado, todos los reseñados, manteniendo el representante del Servicio su Informe-Propuesta, en cuanto a las conductas imputadas y a las medidas propuestas, solicitando el Letrado de la denunciante que se mantuviera la propuesta sancionadora del Servicio, con la salvedad de que, a diferencia del Ser-



**SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA**

vicio, sí entiende que se ha infringido el artículo 86 del Tratado de la UE.

Los representantes de las denunciadas invocaron la inocencia de las mismas, solicitando que no se les imputara ninguna conducta prohibida y que, en todo caso, no se les impusiera sanción.

El orden de intervención fue:

— El representante de ERZ (que pidió la declaración de caducidad del expediente e insistió en las razones de indefensión que le llevaron a pedir la suspensión de la Vista).

— El representante de IBERDROLA, quien inicialmente pidió, y se concedió, que el Ingeniero de la empresa, Sr. Elourduy, expusiera técnicamente lo que son los transformadores del caso, tomando seguidamente él la palabra a este respecto.

— Por último, el representante de UNESA que abogó en defensa de ésta y de que se le concediera la autorización singular solicitada.

29. El Pleno del Tribunal, en su reunión del día 1 de junio de 1999, deliberó y adoptó la presente Resolución, encargando su redacción al Vocal Ponente.

30. Son interesados:

- Transformadores Eléctricos de Medida, S.L. (TEM).
- Eléctricas Reunidas de Zaragoza, S.A. (ERZ).
- Unidad Eléctrica, S.A. (UNESA).
- Iberdrola, S.A. (IBERDROLA)

HECHOS PROBADOS

1. ERZ dispuso hasta 1994 que los transformadores eléctricos de medida, protección y alimentación para media y baja tensión pertenecientes a clientes debían cumplir con unas Normas Internas 580008.2 y 580007.4, redactadas sobre la base de las Recomendaciones UNESA (RU 4201A y RU 4202A), cuyas especificaciones delimitan y acotan las características de los productos (**folios 163 a 165 y 219 a 221**). Las mencionadas Normas Internas fueron establecidas con fechas de 2 de febrero de 1985 y 4 de septiembre de 1991.

Sin embargo, dicha actuación resulta acreditada, por la información facilitada por ERZ, sólo para sus propias instalaciones, donde consta expresamente (**folio 148**): «ERZ únicamente aplica sus propias normas (coincidentes con las recomendaciones UNE-SA, por otro lado) para sus propias instalaciones...».

La Resolución de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Diputación General de Aragón, de fecha 7 de junio de 1994, declaró la no aplicación de las mencionadas Normas Internas de ERZ. La citada Resolución fue confirmada por otra de la Consejería de Industria, Comercio y Turismo, de fecha 10 de enero de 1995, que devino firme.

2. En septiembre de 1993 IBERDROLA aprobó la Norma Interna NI 00.14.05, por la que se establecen los requisitos que deben cumplir los aparatos de medida pertenecientes a clientes, que fue redactada sobre la base de las RU 4201A y 4202A.

Dicha decisión resulta acreditada por la Resolución de 17 de febrero de 1994 de la Dirección General de Industria y Energía de la Generalitat Valenciana (**folio 764**) en la que figura «... Resultando que con fecha registro de entrada 3 de eberí de 1994, la empresa IBERDROLA, S.A. presenta escrito de contestación informando que las Recomendaciones UNESA son acuerdos entre fabricantes y empresas del sector eléctrico nacional, que delimitan las normas UNE... Que IBERDROLA, S.A. recientemente ha aprobado una norma interna, la NI 00.14.05, por la que se establecen los requisitos que deben cumplir los aparatos de medida pertenecientes a clientes».

La mencionada Resolución de 17 de febrero de 1994 declaró la no aplicación de la antes citada Norma de IBERDROLA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Antes de entrar a examinar las propuestas del Servicio es preciso resolver una serie de cuestiones previas planteadas por ERZ. En primer lugar, el representante legal de ERZ, antes de empezar la Vista y como cuestión de orden, solicitó la suspensión de la misma por la indefensión que le causaba, por un lado, que no había terminado la fase probatoria del expediente, ya que tan sólo tres días antes había depositado su escrito de valoración de prueba en una oficina de Correos de Zaragoza, por lo que el Tribunal no conocía todavía sus alegaciones; y, por otro lado, que no se había celebrado la prueba testifical que había solicitado y no había sido rechazada por el Tribunal.

El Presidente del Tribunal manifestó que éste tomaba nota de lo alegado, que las cuestiones planteadas se abordarían en la Resolución definitiva y que no procedía la suspensión de la Vista.

A continuación, el Letrado de ERZ solicitó que constara en la Diligencia de Celebración de Vista su más enérgica, aunque respetuosa, protesta por la indefensión en que dejaba a su representada la decisión adoptada.

Pues bien, en relación con la primera de las dos cuestiones previas planteadas es necesario señalar que el Tribunal, cuando conoció por el escrito de ERZ de 17 de mayo, adelantado por fax, que la Providencia para valoración de prueba y Vista de 5 de mayo le había sido notificada el día 10 de dicho mes, por lo que tenía plazo para evacuar este trámite hasta el día 22 de mayo, por Providencia de 17 de mayo de 1999 y según se recoge en el A.H. 27 de esta Resolución, acordó aplazar la celebración de la Vista, señalándola para el día 25 de dicho mes y año. Sin embargo, tras dicho aplazamiento, el Tribunal no puede apreciar la indefensión de ERZ porque se han cumplido todos los trámites y plazos y, además, como manifestaba el Letrado de esta empresa, al conocer que su escrito de valoración de prueba no se había recibido en el Tribunal, tenía ocasión en la Vista de argumentar en consecuencia.

La segunda cuestión previa planteada por dicho Letrado para solicitar la suspensión de la Vista es la no celebración de la prueba testifical solicitada en su escrito de 8 de julio de 1998 y no rechazada por el Tribunal. En cuanto a esta cuestión hay que señalar que, como se indica en el A.H. 23 de esta Resolución, la parte proponente reiteró mediante escrito de 25 de marzo de 1999 que se practicara la prueba de la forma propuesta, esto es, por escrito, porque la resolución por la que fue acordada la realización de dicha prueba —el Auto de 10 de marzo de 1999— era nulo de pleno derecho, pues el Tribunal «no es un órgano jurisdiccional sino de la Administración del Estado y, por tanto, no puede dictar autos» y, además, en dicho Auto no se pronunciaba sobre las irregularidades procedimentales denunciadas que se produjeron en la tramitación del expediente, aparte de considerar insuficiente el plazo que le restaba —siete días— para citar a los comparecientes según le encargaba el Tribunal.

Este Tribunal ha sido muy respetuoso con la doctrina constitucional sobre el derecho a la prueba en los procedimientos judiciales, cuyos principios pueden trasladarse, aunque con menor intensidad, al Derecho administrativo sancionador, como se recordaba muy recientemente en la Resolución de 25 de mayo de 1999 (Expte. 424/98, Funerarias Alcalá). En efecto, como en dicha Resolución se recoge, la pertinencia de la prueba tiene dos vertientes, formal y material, estando la primera integrada por la necesidad de que las pruebas omitidas hubieran sido propuestas en tiempo y forma por la parte a la que interesen. Pues bien, el Tribunal en el mencionado Auto de 10 de marzo de 1999 declaró procedente la testifical del caso pero dejando claro que «no cabe realizar esta prueba por escrito, sino oralmente, como corresponde a dicho trámite», según se indicó al respecto en el F.D. 4 del Auto. Luego, en definitiva, ni la prueba testifical fue solicitada en forma ni la parte proponente cumplió el encargo del Tribunal para su realización ni cabe, en consecuencia, apreciar indefensión alguna por no haberse celebrado la prueba según había acordado el Tribunal. En cuanto al carácter administrativo del Tribunal, hay que señalar que el artículo 117.5 de la CE establece el principio de unidad jurisdiccional como base de



SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

la organización y funcionamiento de los Tribunales, que en la LDC se concibe al Tribunal de Defensa de la Competencia, aún conservando su nombre histórico, en efecto, como un órgano administrativo, adscrito orgánicamente al Ministerio competente por razón de la materia —actualmente, el Ministerio de Economía y Hacienda—, que ejerce funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico, existiendo un posterior control jurisdiccional de la Audiencia Nacional, y que puede redactar autos, según dispone el artículo 40 de su Reglamento. Por todo ello, fue acertada su decisión de no volver a aplazar la celebración de la Vista.

2. Por otra parte, en el turno de primeras intervenciones de la Vista, el Letrado de ERZ comenzó pidiendo la declaración de caducidad del expediente al haber transcurrido más de dieciocho meses en su tramitación ante el Servicio, según dispone el nuevo artículo 56 LDC, añadido por el artículo 100 de la Ley 66/1977, de 30 de diciembre, sin que sea óbice a la aplicación de dicho precepto la Disposición Transitoria duodécima de la misma Ley, por la que el anterior plazo será de aplicación a los procedimientos iniciados a partir del 1 de enero de 1998, porque es nula de pleno derecho por inconstitucional, dado que el artículo 2 de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, reitera el principio de retroactividad de las leyes más favorables al reo. Considera, pues, el representante de ERZ que se quebranta, así, el principio de reserva legal al contravenir una ley ordinaria el contenido de una ley orgánica, cual es el caso del Código Penal.

Este Tribunal no puede admitir esta tesis, dado que la Constitución Española, en su artículo 81, establece únicamente la reserva de ley orgánica para las que afecten al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, por lo que, no existiendo reserva de ley orgánica en materia de defensa de la competencia ni de las sanciones correspondientes a esta potestad de las Administraciones públicas, no cabe exigir dicho carácter orgánico a la Ley 66/1977, de 30 de diciembre, sobre medidas fiscales, administrativas y de orden social, que modificó la LDC. En consecuencia, el Tribunal desestima también la alegación de caducidad del expediente.

Por último, el representante de ERZ alegó también que se habían producido vicios en el procedimiento que le causaban indefensión al rechazar los Instructores sin motivación las pruebas solicitadas, no habérsele notificado por el Servicio de forma concreta los hechos imputados y reiteró no haberse podido celebrar la prueba testifical ante el Tribunal.

Estas alegaciones también deben ser rechazadas pues el Servicio, a la vista de la investigación realizada, ha delimitado los cargos imputados de forma explícita en el Pliego de Concreción de Hechos, soportando la imputación en la extensa documentación que obra en el expediente. Ninguna prueba le debió ser rechazada a ERZ sin motivo en el Servicio porque ello podría haber causado la nulidad de actuaciones, pero lo cierto es que ha podido defenderse en este procedimiento al practicarlas ante el Tribunal que, como reconoce ERZ, le admitió todas y cada una de las numerosas pruebas documentales y periciales propuestas, si bien, según se señala y resuelve en el Fundamento de Derecho 1, renunció a hacerlo en cuanto a la testifical se refiere. Por todo ello, no se ha producido indefensión y, en consecuencia, el Tribunal ha de rechazar también estas alegaciones.

3. Analizadas las alegaciones formuladas con carácter previo, según establecía la Resolución del Tribunal de fecha 21 de octubre de 1996, que revocó el Acuerdo del Servicio por el que se sobreesió el expediente, la cuestión fundamental que se plantea en este procedimiento consiste en determinar si ERZ e IBERDROLA, actuando individualmente, o el conjunto de las principales empresas eléctricas agrupadas en UNESA, actuando colectivamente, han establecido o tratado de establecer unas barreras de entrada para impedir la comercialización de los transformadores de FTR que distribuye TEM en el mercado español.

En primer lugar, corresponde resolver la propuesta del Servicio por la que se imputa a UNESA adoptar acuerdos entre sus

socios (Recomendaciones UNESA) para delimitar y acotar las características de los transformadores eléctricos de medida, protección y alimentación, en media y baja tensión, lo que constituye una práctica prohibida por el artículo 1.1.a) y b) LDC.

La cuestión decisiva no es la existencia o no de las Recomendaciones UNESA —en este caso la RU4201A para las especificaciones técnicas aplicables a los transformadores de intensidad y la RU4202A para los de tensión— que no ha sido negado por la imputada, sino determinar si son restrictivas de la libre competencia.

El Servicio pasó de afirmar en el Acuerdo de sobreseimiento que «no había quedado acreditado que contradigan tanto las normas nacionales como internacionales en la materia... ya que su finalidad no es otra que la de garantizar la seguridad, funcionamiento y homogeneidad del sistema eléctrico como servicio público de obligada prestación para las compañías del sector», a afirmar que implicaban barreras técnicas injustificadas, sin que figuren en el expediente hechos o pruebas nuevas para sustentar tal cambio.

Pues bien, el Tribunal ha analizado detenidamente el objeto de la conducta en cuestión, considerando tanto las razones que suponen la necesidad de seleccionar o especificar los valores establecidos en una norma general, siguiendo a la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (folio 1.194), como las condiciones de normalización interna que configuran una «especificación técnica», según la definición de la Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, al reconocer la calidad, el rendimiento, la seguridad, las dimensiones, terminología, pruebas y etiquetado, es decir, la adaptación de las especificaciones técnicas contenidas en las normas UNE a las características del sistema eléctrico español, garantizando la plena transparencia de los productos. En consecuencia, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que dichas Recomendaciones UNESA no tienen el propósito ni el resultado de perturbar la libre competencia, sino que su prioridad reside en garantizar la seguridad, la calidad del servicio y la economía del suministro eléctrico por la transparencia del mercado que supone contribuir a la normalización de estos aparatos, por lo que no infringen el artículo 1 LDC, al constituir casos claros de los llamados «acuerdos para elaboración o aplicación de normas comunes y tipos».

4. Por otra parte, corresponde resolver la propuesta del Servicio de que el Tribunal declare la existencia de prácticas prohibidas por el artículo 6.2.a) y b) LDC imputables a ERZ e IBERDROLA, consistentes en exigir que, para ser instalados por sus abonados clientes, los transformadores eléctricos de medida, protección y alimentación, para media y baja tensión, distribuidos por TEM debían cumplir las Normas Internas redactadas por las dos primeras empresas sobre la base de las Recomendaciones UNESA.

Para examinar la existencia de comportamientos de abuso de posición de dominio en el mercado hay que partir del hecho de que todo suministro de energía eléctrica que necesite una potencia superior a 60 Kw. debe hacerse en media tensión por lo que, en consecuencia, requiere unos equipos de transformación, que se dirigen fundamentalmente al usuario final y se colocan en el punto de conexión entre la red de la empresa eléctrica y las instalaciones del cliente abonado, para asegurar que el consumo se realice de manera eficaz y para permitir efectuar la medición de la energía consumida.

Decidir la existencia de un abuso de posición dominante requiere, como es obvio, la conjunción de ambos elementos: que haya posición de dominio en el mercado relevante y que se dé dicha explotación abusiva. En este caso, el mercado relevante ha sido definido por el Tribunal en la mencionada Resolución de fecha 21 de octubre de 1996, en cuyo Fundamento de Derecho 6 se afirma:

«En primer lugar, que el Tribunal comparte la delimitación del mercado de producto realizada por la empresa recurrente y el Servicio de Defensa de la Competencia. A estos efectos, el mercado relevante es el de comercialización e instalación de equipos de transformación y medida para las redes de energía eléctrica. Se



**SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA**

trata de un mercado relacionado con el de la distribución de la energía eléctrica y, en cierta medida, dependiente de éste porque tanto los instaladores como los clientes se ven obligados a seguir las especificaciones técnicas impuestas por las empresas eléctricas, que limitan de este modo su capacidad de elección a la hora de seleccionar los productos.

En segundo lugar, que el mercado relevante desde el punto de vista geográfico es, dados los condicionamientos técnicos que conlleva la distribución de la energía eléctrica, el punto de conexión entre la red de distribución de la empresa eléctrica y las instalaciones de los clientes o abonados, entre los cuales se encuentra todo el ámbito empresarial español, desde la pequeña fábrica o taller hasta las grandes instalaciones industriales o comerciales tanto públicas como privadas, que necesiten una potencia eléctrica superior a 60 Kw. Esta argumentación resulta reforzada si se toma en cuenta también la existencia de determinados procesos de verificación para constatar que los aparatos de transformación y medida se ajustan a la norma técnica establecida por la empresa de distribución de energía eléctrica.

Y, en tercer lugar, que en el mercado así delimitado tanto ERZ como las demás empresas eléctricas pueden comportarse de manera independiente sin tener en cuenta las opiniones del resto de los operadores económicos, especialmente las de sus clientes o las de sus competidores porque controlan en exclusiva las líneas de distribución de la electricidad. En definitiva, tanto ERZ como UNESA por extensión (agrupa a todas las empresas eléctricas españolas), tienen una clara posición de dominio.»

Esta definición del mercado relevante ha sido combatida por las partes imputadas en sus escritos de alegaciones. El Tribunal podría optar por defenderla y confirmarla o por corregirla en lo que resultara procedente, tomando en consideración los datos encontrados en las investigaciones del Servicio y en las actuaciones que constan en el expediente. Sin embargo, el Tribunal, teniendo en cuenta que ha llegado a la conclusión —que se explicará seguidamente— de que no se ha probado la existencia de conducta abusiva alguna, no considera necesario entrar en el análisis de la definición del mercado relevante para ver si existe posición de dominio de las empresas eléctricas imputadas. Si no ha habido comportamiento abusivo alguno no puede haber, obviamente, abuso de posición dominante.

En efecto, esta cuestión resulta crucial porque en la mencionada Resolución de 21 de octubre de 1996 el Tribunal acordó interesar del Servicio que investigara los comportamientos de las empresas que hubieran establecido Normas Internas respecto de los transformadores del caso para determinar si se infringía la LDC. El Servicio cumplió lo así dispuesto por el Tribunal, como consta en el expediente, pero no encontró en su investigación más datos o pruebas, a juicio del Tribunal, que las recogidas en el Pliego de Concreción de Hechos respecto de ERZ e IBERDROLA que se concretan, en definitiva, en el establecimiento de las mencionadas Normas Internas que declararon no aplicables las Resoluciones de las Comunidades Autónomas de Aragón y de Valencia, ya antes de que TEM presentara la denuncia que dio lugar a este expediente y que se citan en sendos apartados de Hechos Probados.

El Tribunal volvió a ocuparse de este asunto con ocasión de resolver el recurso planteado por TEM contra el Acuerdo del Servicio de no proponer la medida cautelar solicitada (Expte. r 216/97). Así, en la Resolución de 24 de julio de 1997 afirmaba:

«En este expediente la apariencia de buen derecho se refiere a que los “transformadores eléctricos de medida, protección y alimentación” para baja y media tensión no necesitan cumplir las normas internas de las empresas eléctricas o las Recomendaciones UNESA para poder ser instalados por los abonados-clientes; sin embargo, la medida cautelar propuesta va mucho más allá de la protección de este derecho aparentemente vulnerado afectando a numerosas empresas con actividades relacionadas con el sector eléctrico, y por tanto, se ven afectados derechos de terceros que no están incluidos en el expediente...»

Además, en el expediente consta que ni la Comisión de la Comunidad Europea, en lo que se refiere a la denuncia ante la misma de TEM a ERZ y a IBERDROLA en el mismo año 1994, ni tras las múltiples pruebas realizadas ante este Tribunal puede establecerse de forma concluyente que las dos compañías eléctricas imputadas hayan discriminado la instalación de los transformadores del caso distribuidos por TEM, porque no han dificultado a sus clientes e instaladores su adquisición, si habían sido verificados por el Organismo oficial competente, según dispone el artículo 26 del Reglamento de Verificaciones.

Es más, la propia TEM, una vez acordada por el Servicio la continuación del expediente, alegó la existencia de dificultades para la obtención de pruebas y, en consecuencia, sugirió al Servicio, en su escrito de recusación del Instructor (folio 731 vuelta), que la instrucción debía dirigirse a constatar si el comportamiento de las imputadas podía producir el efecto de restringir la competencia, por lo que «el instructor debe abandonar la creencia de que “sin repercusión no hay conducta sancionable” pues no es ese el espíritu ni la letra del precepto señalado», en referencia al artículo 1 LDC —que persigue los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas—, sin que mencionara el supuesto abuso de posición dominante y las dificultades que encontraba para probarlo, lo que no deja de ser significativo.

El Servicio, primero, había sobreesido el expediente al concluir que, con posterioridad a los hechos denunciados, no existía ningún dato, indicio o prueba que permitiera pensar que ERZ no hubiera acatado las Resoluciones de la Administración autonómica o de que hubiese puesto algún tipo de impedimento a sus clientes abonados e instaladores eléctricos con la intención de obstaculizar que se adquirieran o instalasen los equipos de TEM (A.H. 4). Posteriormente, como consecuencia de la Resolución del Tribunal de 21 de octubre de 1996, acordó la continuación del expediente, sobreeseyéndolo, a continuación, en cuanto a FENOSA (A.H. 12) y terminándolo con el Informe-Propuesta, en el cual concluyó que ERZ e IBERDROLA habían abusado de su posición de dominio, pero que «su actuación no había causado grandes efectos en las condiciones de competencia» (A.H. 17).

La propia fabricante italiana de los transformadores del caso, FTR, ha afirmado mediante sendos escritos, de fechas 5 de febrero y 17 de julio de 1998, que su producto no estaba teniendo dificultades para su comercialización en España, que realiza a través de un nuevo distribuidor desde el mes de julio de 1997, el cual no le ha manifestado la existencia de discriminación alguna.

Luego, dado que el Tribunal ha llegado a la conclusión de que las Recomendaciones UNESA no infringen la LDC, que las normas internas de las empresas eléctricas se redactan precisamente sobre la base de dichas Recomendaciones, que estas compañías las podían complementar —según dispone el artículo 7 del Real Decreto 3275/1982, por el que se aprueba el Reglamento sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en centrales eléctricas, subestaciones y centros de transformación, si bien necesitaban la aprobación de la Administración autonómica—, que las dos Comunidades del caso —Aragón y Valencia— las declararon no aplicables y que ERZ e IBERDROLA acataron las correspondientes Resoluciones, o bien no se ha demostrado que no fuera así, el Tribunal, por todo ello, entiende que no cabe apreciar conducta abusiva alguna ni, por lo tanto, abuso de posición de dominio.

5. En cuanto a la autorización singular solicitada por UNESA para sus Recomendaciones 4201 y 4202, sobre las especificaciones técnicas de los transformadores del caso, el Tribunal, de acuerdo con los criterios expuestos en el F.D. 3 entiende que, al no infringir el artículo 1 LDC, dichas Recomendaciones no precisan autorización.

6. Por último, como la propuesta del Servicio relativa a los Estatutos de UNESA no fue imputada en el Pliego de Concreción de Hechos, no cabe plantearse declararla práctica prohibida. Sin embargo, el Tribunal considera que los Estatutos de UNESA con-



SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

tienen los siguientes puntos que podrían resultar contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia:

1. El apartado d) 1º del artículo 3º de los Estatutos de UNESA, según el cual la sociedad podrá «Coordinar las actividades en materia de producción, programación de la explotación, explotación, control y seguimiento, transporte, distribución y planificación, que las Empresas eléctricas tengan atribuidas en la Ley 49/1984 de 26 de diciembre, en cuanto sean compatibles con las atribuidas a RED ELECTRICA DE ESPAÑA, S.A. o a cualquier otro órgano o entidad y, en su caso, con carácter complementario de las mismas», podría ser contrario al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, una vez que la Ley 49/1984 ha sido derogada por la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, y ha entrado en vigor la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, estableciendo un mercado competitivo de producción de energía eléctrica regido por criterios de mercado.

2. El apartado a) del artículo 3 de los Estatutos, según el cual la sociedad tiene por objeto «coordinar la actuación de las empresas en sus relaciones con usuarios, autoproductores, fabricantes de equipos, proveedores de materias primas, etcétera», podría, en la práctica, dar lugar a conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia, al igual que la redacción del apartado c) del mismo artículo, según el cual la sociedad tiene por objeto «Pres-tar a los socios aquellos servicios relacionados con sus actividades que se acuerden gestionar unificadamente en razón de su naturaleza, de su ámbito de cobertura, o de la economía de costes a obtener».

3. El apartado d) 7º del artículo 3 de los Estatutos puede comprender la adopción de normas o recomendaciones en las actividades de normalización, homologación y certificación técnica que podrían resultar también contrarias a las disposiciones de defensa de la libre competencia.

En consecuencia, aunque UNESA ha manifestado y así consta en el expediente, que está llevando a cabo un proceso de adaptación al nuevo marco de liberalización del sistema eléctrico, es completamente necesario, para evitar problemas interpretativos, que la adecuación de los mencionados Estatutos a lo dispuesto en la LDC se realice en el plazo más breve posible.

Por todo ello, el Tribunal, con el voto en contra del Vocal Sr. Hernández Delgado, por estimar que se debería haber declarado la existencia de prácticas prohibidas por el artículo 6 LDC por parte de ERZ e IBERDROLA,

RESUELVE

Declarar que no ha resultado acreditada ninguna de las conductas prohibidas por los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia que el Servicio imputaba a UNESA, ERZ e IBERDROLA en su Informe—Propuesta de fecha 20 de mayo de 1998.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la citada Resolución agota la vía administrativa y, por tanto, sólo es susceptible de recurso contencioso-administrativo el cual podrá interponerse, en su caso, ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL VOCAL SR. HERNANDEZ DELGADO

Aunque comparto la opinión del resto de los miembros del Tribunal de considerar que las Recomendaciones UNESA RU

4201A y RU 4202A no infringen la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) por tratarse de especificaciones técnicas que tienen la característica relevante de ser una simple recomendación y, por tanto, de cumplimiento voluntario, lamento discrepar de la opinión mayoritaria, al considerar que está suficientemente probado que ERZ e IBERDROLA exigieran dichas especificaciones técnicas a terceros sin solicitar para ello, como sería preceptivo, la autorización pertinente de la Administración, lo que, de acuerdo con mi criterio, que expongo seguidamente, constituye un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 6 LDC.

En el expediente se encuentran implicados dos mercados diferentes, pero relacionados. Por una parte, el «mercado de la comercialización de transformadores eléctricos de medida y protección para media tensión», cuyo ámbito geográfico es, al menos, europeo y donde las empresas imputadas no tienen un papel importante, pues prácticamente se limitan a actuar como demandantes y en cuantía relativamente modesta; y, por otra, el «mercado de suministro de energía eléctrica», cuyo ámbito geográfico es local, existiendo en cada zona un único suministrador que, lógicamente, al ser monopolista, tiene posición de dominio en el área donde suministra. Dichos mercados se encuentran relacionados pues los transformadores eléctricos de medida son comprados por los abonados de las empresas suministradoras de electricidad para su instalación en la red eléctrica, con lo que la imposición de determinadas especificaciones técnicas por parte de éstas últimas para permitir la conexión a la red de dichos aparatos afecta a la comercialización de los mismos, al limitar la capacidad de elección de los abonados para seleccionar transformadores.

Por tanto, es perfectamente posible que las empresas eléctricas hagan un uso abusivo de su poder de mercado en el suministro de energía eléctrica, con efectos perturbadores de la competencia en el mercado conexo y dependiente de éste, como es el de la comercialización de transformadores eléctricos de medida y protección.

Eso es precisamente lo que considero probado en relación con las imputaciones realizadas por el Servicio a ERZ e IBERDROLA. Para ello me remito a los hechos acreditados señalados en el Pliego de Concreción de Hechos, que se recogen en la Resolución en el Antecedente Fáctico número 9. Simplemente quiero resaltar que la «Norma IBERDROLA» NI 00.14.05, de septiembre de 1993, referente a «Propiedad de la medida. Requisitos de los aparatos de medida pertenecientes a los clientes» en su apartado 3 «Requisitos de los aparatos propiedad del cliente» dice: «b) Si se trata de transformadores de medida, y ante la imposibilidad de disponer de la homologación oficial debido al vacío legal existente al respecto, se exigirá que los mencionados transformadores cumplan las correspondientes Recomendaciones Unesa (RU 4201A y RU 4202A), y vengán acompañados de los oportunos protocolos facilitados por el fabricante.» (los subrayados son míos).

Hay que señalar que no existe tal «imposibilidad de disponer de la homologación oficial debido al vacío legal existente» y así lo acreditan, con toda claridad, tanto los informes existentes en el expediente, del Ministerio de Industria y Energía y de la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN), como las Resoluciones de los Departamentos de Industria de las Comunidades Autónomas de Aragón y Valencia. De todo ello se deduce que las compañías eléctricas no pueden exigir para la instalación y utilización de los transformadores de medida y protección normas distintas a las que la Administración tiene establecidas y, en particular, no pueden exigir a terceros (los abonados-clientes), como han hecho ERZ e IBERDROLA, las normas particulares de las propias empresas.

Finalmente, conviene resaltar la no relevancia para el procedimiento de la afirmación del fabricante italiano de los transformadores distribuidos por la denunciante, en escritos de febrero y julio de 1998 a petición de las denunciadas, de que su producto no estaba teniendo dificultades para su comercialización en España porque se refiere a un período muy posterior al examinado en el expediente. ■



SECCION ESTADISTICO- INFORMATIVA