

Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia

(Exp. R 333/98. Codorniu/Freixenet)

■ En Madrid, a 21 de junio de 1999

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Señor Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 333/98 (1390/96 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por Freixenet, S.A., contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 9 de septiembre de 1998, por el que se sobresee parcialmente el expediente número 1390/96 que tuvo su origen en la denuncia de Codorniu, S.A. contra Freixenet, S.A., continuando la instrucción por lo que se refiere al pliego de concreción de hechos contra Freixenet, S.A. emitido el cinco de noviembre de 1997.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fechas 8 y 14 de mayo de 1996 tuvieron entrada en la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia denuncias formuladas por Codorniu, S.A. y Robert J. Mur, S.A. contra Grupo Freixenet, S.A. (en adelante Freixenet, S.A.) y Castellblanch, S.A. por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

Estimando que en las denuncias existían indicios racionales de conductas prohibidas por la citada Ley, con fecha 16 de octubre el Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio) incó el oportuno expediente con el número 1390/96, por infracción de normas, engaño a los consumidores, explotación de reputación ajena y abuso de posición de dominio, realizándose el correspondiente traslado de denuncias.

Con fechas 25 de noviembre de 1996 y 21 de mayo de 1997 tuvo entrada en la Dirección General denuncia formulada por Freixenet, S.A. contra Codorniu, S.A. por: 1.º) Elaboración de vino con variedad no autorizada; 2.º) Riego periódico de viñedos; 3.º) Parcelas con rendimiento de uva superior al límite permitido; 4.º) Parcelas que superan los límites de densidad de plantación; 5.º) Violación de resolución judicial; 6.º) Imitación de Cava «Carta Nevada» de Freixenet; 7.º) Erigirse en el primer elaborador del cava con menos precio de los demás productos; 8.º) Vender a precios irrisorios.

Estimando que en dicha denuncia existían indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC, con fecha 20 de diciembre se acumuló al expediente número 1390/96, realizándose el correspondiente traslado de denuncia.

Con fecha 5 de noviembre de 1997, se formuló Pliego de Concreción de Hechos de Infracción contra Freixenet, S.A. por infracción de normas y engaño.

2. El 9 de septiembre de 1998 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acuerda el sobreseimiento parcial del expediente número 1390/96 que tuvo su origen en la denuncia de Codorniu, S.A. contra Freixenet, S.A., el sobreseimiento de las denuncias de Freixenet, S.A. contra Codorniu, S.A. y la continuación de la instrucción por lo que se refiere al pliego de concreción de hechos contra Freixenet, S.A. emitido el cinco de noviembre de 1997.

3. El 2 de octubre de 1998 tiene entrada en el Tribunal un escrito de Freixenet, S.A. interponiendo recurso contra la Resolución del Servicio de fecha 9 de septiembre de 1998 solicitando

que el Tribunal declare la caducidad de los expedientes instruidos a Freixenet, S.A. y a Codorniu, S.A. y, subsidiariamente, revoque el sobreseimiento de las denuncias formuladas contra Codorniu, S.A. y acuerde sobreseer la totalidad de las denuncias formuladas contra Freixenet, S.A.

4. El 5 de octubre de 1998, el Tribunal solicita del Servicio la remisión del informe reglamentario y del expediente. El Servicio, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LDC, informa al Tribunal, con fecha 7 de octubre, de que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de diez días establecido por la Ley y mantiene los razonamientos del mencionado Acuerdo puesto que el recurso reitera los argumentos que habían sido alegados ante el Servicio y habían ya sido valorados por éste.

5. Con fecha 14 de octubre de 1998 se notifica a los interesados la Providencia designando Ponente, poniendo de manifiesto el expediente y estableciendo el plazo para formular alegaciones.

6. El 6 de noviembre de 1998 recibe el Tribunal el escrito de alegaciones de Codorniu, S.A., mostrando su conformidad con respecto a la propuesta del Servicio de sobreseer las denuncias de Freixenet, solicitando que se modifique el Acuerdo del Servicio de sobreseimiento parcial de la denuncia de Codorniu, S.A. contra Freixenet, S.A. y Castellblanch, S.A. y que se ordene por el Tribunal al Servicio tanto la ampliación del Pliego de Concreción de Hechos dirigido a Freixenet, S.A. como la formulación de un nuevo pliego dirigido a Castellblanch, S.A.

7. El mismo día 6 de noviembre se recibe el escrito de alegaciones de Freixenet, S.A. que se remite a argumentos de escritos anteriores.

8. Con fecha 17 de mayo de 1999 se recibe en el Tribunal un escrito de Codorniu, S.A. solicitando que se unan al expediente los documentos que adjunta de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) denegando la Marca Comunitaria a las botellas esmeriladas de Freixenet, S.A.

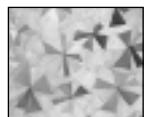
9. Por último, el 7 de junio de 1999 tiene entrada en el Tribunal un escrito de alegaciones complementarias de Freixenet, S.A. en el que insiste en la falta de trascendencia de la comercialización de botellas sin haber cumplido el período reglamentario en bodega, denuncia la comisión de la misma práctica por Codorniu, S.A., extiende sus alegaciones en relación con algunas de sus denuncias contra Codorniu, S.A. y solicita la práctica de pruebas en relación con la nueva infracción que atribuye a Codorniu, S.A.

10. El Tribunal deliberó y falló el presente recurso en su sesión del día 15 de junio de 1999.

11. Son interesados: Freixenet, S.A. Codorniu, S.A. Robert J. Mur, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Solicita Freixenet, S.A., como cuestión previa, la declaración de caducidad de los expedientes instruidos a Freixenet, S.A. y a Codorniu, S.A.



SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

xenet, S.A. y a Codorniu, S.A. y, subsidiariamente, la revocación del sobreseimiento de las denuncias formuladas contra Codorniu, S.A. y el sobreseimiento de las denuncias contra Freixenet, S.A.

2. Freixenet, S.A. considera que el expediente ha caducado en aplicación de las normas generales de caducidad establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP) y, en particular, el artículo 20.6 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que prevé un período de seis meses para resolver, a partir del cual se iniciaría el cómputo del plazo para la caducidad, de acuerdo con el artículo 43.4 de la Ley 30/1992.

Aunque discrepa de ella, se muestra Freixenet, S.A. conocedora de la doctrina de este Tribunal al respecto, repetidamente expuesta en numerosas resoluciones y cuyos fundamentos, recogidos en la reciente resolución del 15 de abril de 1999 (Expte. 426/98, Azúcar), se reproducen en los párrafos siguientes.

La LDC es una Ley especial en materia de procedimiento, cuyo artículo 50 señala la supletoriedad de la Ley de Procedimiento Administrativo, sustituida hoy por la LRJAP que establece en el apartado 3 de la Disposición derogatoria que «se declaran expresamente en vigor las normas, cualesquiera que sea su rango, que regulen procedimientos de las Administraciones Públicas en lo que no contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.». La LDC sigue, pues, plenamente vigente, en lo que a procedimiento se refiere, en todo lo que no se oponga a la LRJAP, siendo ésta supletoria de aquella.

Como el procedimiento de la LDC, junto a la protección del interés público, atiende también, en muchos casos, a la salvaguarda de un interés privado, permite la posibilidad de denuncia, siempre que el denunciante tenga un interés legítimo y sea considerado como parte en el expediente, y que la iniciación del mismo pueda ser a instancia de parte interesada. Además, incluso en los expedientes iniciados de oficio por conductas prohibidas por la LDC (bien directamente por el Servicio o mediante denuncia de personas no interesadas), dado que, como se señala en el artículo 36.4 LDC, se prevé la posibilidad de publicar una nota sucinta sobre los extremos fundamentales del expediente en el BOE y, en su caso, en un diario de circulación nacional o en el de mayor tirada de la provincia en la que se realicen las prácticas objeto del expediente, esto puede dar lugar a la aparición de interesados en el expediente y a que su resolución pueda producir efectos favorables a los mismos.

No hay que olvidar que el artículo 13.2 LDC establece que «la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa (por Resolución de este Tribunal) y, en su caso, jurisdiccional.». Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 30 de diciembre de 1993 señala que «es menester que el ejercicio de esas acciones de resarcimiento haya sido precedido de una resolución firme del Tribunal de Defensa de la Competencia en que se haya declarado la existencia de las prácticas restrictivas de la competencia prohibidas, de las que nacen los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se pide, constituyendo, por tanto, esa resolución, un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción indemnizatoria, cuya falta impide a los Juzgados y Tribunales entrar en el conocimiento de las mismas...».

Por tanto, si los denunciante y, en general, los interesados quieren ejercitar acciones de resarcimiento, precisan de Resolución de este Tribunal, la caducidad del expediente impediría el ejercicio de las mismas, ocasionándoles un indudable perjuicio.

En este caso, el expediente ha sido iniciado por medio de

denuncia y, al tener el denunciante interés legítimo, se le ha considerado 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 (sólo aplicable «cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables a los ciudadanos») y, por lo tanto, no lo es el plazo de caducidad establecido en el Reglamento que la desarrolla.

Otra razón fundamental para la no aplicabilidad del citado artículo 43.4, es 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 establecido en el Real Decreto 1398/93, que está previsto para actuaciones generales de la Administración en el ámbito sancionador. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991 establece que las leyes no pueden interpretarse de forma que conduzcan a resultados absurdos.

La LDC no establecía plazos máximos de tramitación, sino plazos para los múltiples trámites previstos en ella, pues 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. 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 o en un diario para que cualquiera pueda aportar información en un plazo de hasta quince días, la práctica de los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades, el establecimiento de un Pliego de Concreción de Hechos, su notificación a los infractores para alegaciones y proposición de pruebas por plazo de quince días, la valoración de pruebas por plazo de diez días y la redacción del informe que se eleva al Tribunal (artículo 36 y 37 LDC). Llegado el expediente al Tribunal, éste resolverá sobre su admisión en el período de cinco 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 cinco días; practicada la prueba ante el Tribunal (al menos veinte días), su resultado se pondrá de manifiesto a los interesados para su valoración por un plazo de diez días; pasando, por fin, a vista o conclusiones (plazo de quince días), salvo que se aplace la resolución por acordarse diligencias para mejor proveer o por concurrencia con procedimiento en Organos Comunitarios europeos (artículos 39 a 44). A dichos plazos hay que añadir los de notificación de los citados actos y de recepción de los escritos de los interesados, que pueden presentarlos en multitud de dependencias (artículo 38 Ley 30/1992).

Los plazos que la LDC establece para cada uno de los trámites constituyen un equilibrio de garantías para las partes en litigio, asegurando el derecho de contradicción y la igualdad de armas, que hacen imposible que el procedimiento pueda finalizar en su fase administrativa en el plazo de seis meses previsto como norma general por el Real Decreto 1398/1993. Este hecho es reconocido en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que, aparte de establecer en su disposición adicional séptima que «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.», añade un nuevo artículo 56 a la LDC, limitando el plazo máximo de duración del procedimiento a dieciocho meses ante el Servicio y doce meses ante el Tribunal con posibilidad de interrupciones por diversas causas.

3. Tampoco puede servir de fundamento para la declaración de caducidad la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1998 (Aranzadi 2195) invocada por el recurrente, por cuanto en



SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

ella se aparta el Tribunal Supremo del criterio de sentencias anteriores y resuelve un caso concreto de aplicación de la caducidad en el procedimiento sancionador por infracción de las normas de elaboración de vinos, considerando que existe una situación de desigualdad «por el ordenamiento de supuestos esencialmente iguales como son las infracciones en materia de vinos y las que pueden cometerse en la fabricación y manipulación de otros productos alimenticios, pues la normativa aplicable no prevé en el primer caso (Estatuto del Vino) la posible caducidad del procedimiento sancionador, que se encuentra en cambio expresamente previsto en el segundo (Real Decreto 1945/1983) sin que exista para esta desigualdad una razón que justifique la diferencia en cuanto a la regulación del procedimiento».

Es claro que esta doctrina no es aplicable al presente recurso ya que, por una parte, no es posible establecer aquí un razonamiento analógico puesto que las infracciones de la libre competencia sólo son contempladas por la LDC sin que exista ningún otro ordenamiento por *supuestos esencialmente iguales*, y, por otra, existen las razones señaladas en los párrafos anteriores que justifican la no aplicabilidad de la caducidad a estos expedientes.

Por todo ello, el Tribunal desestima la solicitud de declaración de caducidad del expediente presentada como cuestión previa en este recurso.

4. Al referirse el resto del recurso a numerosas cuestiones, todas ellas relacionadas con posibles actos desleales que por su afectación a la libre competencia pudieran estar incursos en el artículo 7 de la LDC, se considera procedente destacar que las conductas desleales no tienen, en principio, un carácter restrictivo de la competencia, no son expresión de una ausencia de voluntad de competir sino que, por el contrario, pueden contemplarse como un exceso de afán competitivo que no repara en acudir a medios *objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe* que afectan, en primer lugar, al interés privado de uno o varios de los competidores activos en ese momento en el mercado.

Al velar la LDC por el orden público económico, no será suficiente acreditar la existencia de una conducta desleal para poder aplicar el artículo 7. La Resolución de este Tribunal de 26 de junio de 1997 (expte. R217/97, Colegio San Alberto Magno) señala:

«El artículo 7 LDC atribuye al Tribunal la competencia para conocer «de los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público».

La exigencia de dicho precepto de que se produzca un falseamiento sensible de la libre competencia se funda en que el artículo 7 LDC no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad, ni proteger, directamente, los intereses de los competidores perjudicados pues ésta es la finalidad de la Ley de Competencia Desleal. La LDC es una norma de derecho público que persigue una finalidad de interés público, cual es que las conductas desleales no lleguen a falsear el funcionamiento competitivo del mercado. Y como pudiera pensarse que la lealtad en la competencia es requisito de un normal funcionamiento del mercado, la Ley exige expresamente que la afectación sea sensible, esto es, que la conducta tenga entidad suficiente para alterar de manera significativa el desenvolvimiento regular del mercado. La deslealtad que contempla el artículo 7 LDC es, por tanto, una deslealtad cualificada.»

Resulta, por ello, crucial para poder subsumir una conducta desleal en este artículo 7 el que, con independencia de los intereses privados que haya podido lesionar, cuya protección corresponde al juez ordinario, pueda demostrarse que, además, ha falseado de manera sensible la libre competencia afectando, así, al interés público.

5. Por lo que se refiere a la primera denuncia de Freixenet, S.A. contra Codorniu, S.A., la denunciada ha reconocido que elaboró y comercializó Cava con una variedad de uva, *Pinot Noir*, que no figura entre las autorizadas por el Reglamento de Denominación de Origen Cava (O.M. Agricultura, 14 de octubre de 1991) y así lo confirma el Consejo Regulador del Cava (folio 1503).

La violación de normas está tipificada como conducta desleal en el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal y, aunque Codorniu alega que se trata de una elaboración experimental, el elevado número de botellas comercializadas con la variedad *Pinot Noir* no permite esta interpretación.

Sin embargo, el Tribunal considera que no existen suficientes datos en el expediente para saber si esta violación de normas ha afectado o no a la libre competencia de una forma sensible.

No basta con comparar, como hace el Servicio, las botellas elaboradas con *Pinot Noir* (11.200 botellas en 1995) con la cifra total de ventas de cava (112 millones de botellas) pues Freixenet, S.A. alega que la utilización del *Pinot Noir* confiere al producto elaborado características superiores y Codorniu, S.A. lo confirma cuando expresa que los productos con *Pinot Noir* (*Jau-me de Codorniu y Raimat Gran Brut*) han obtenido las máximas calificaciones de las publicaciones especializadas: «mejor cava de España», «máxima puntuación de 90, únicamente para estos dos cavas», «medalla de plata» (folio 1266). Si este es el caso, parece necesario investigar la incidencia de esta comercialización tomando como referencia, no la producción total, sino únicamente la producción de la gama alta de los vinos espumosos con denominación *Cava*, es decir el segmento del mercado de cava de mayor calidad y precio. Si esta incidencia fuera elevada, podría haber una alteración del equilibrio competitivo al obtener Codorniu, S.A. un prestigio que sus competidores son incapaces de alcanzar por respeto a las normas de Denominación de Origen.

Freixenet, S.A., refiriéndose al número de botellas elaboradas con la variedad no autorizada declaradas por Codorniu, S.A. (folio 1687), señala como inverosímil el descenso en 1996 con respecto a 1995. Sin embargo, en un escrito anterior (folio 1198) Codorniu, S.A. precisaba que la cifra de 1996 corresponde únicamente al período enero-septiembre. Faltan, pues, por contabilizar las ventas correspondientes a los meses finales del año en los que probablemente más consumo existe de este producto.

El conocimiento de este dato puede ser importante para valorar la aceptación de este producto y la evolución de su penetración en el mercado. También puede ser interesante explicar el brusco descenso de precios que los datos aportados por Codorniu, S.A. señalan para el año 1996 y al que se refiere el recurrente en sus alegaciones ante el Servicio que reproduce ante el TDC.

Por último, alega también Freixenet, S.A. la contradicción que parece existir entre la producción de uva que Codorniu declara para la finca de Riubadella y que dice destinada toda ella a la producción de vino por otras empresas (830.400 Kgs, folio 1695), y las ventas a estas otras empresas, acreditadas mediante factura que no alcanzan los 500.000 Kgs. El denunciante considera que esto es una prueba de que la parte no vendida de *Pinot Noir* ha sido destinada a la elaboración de *Cava*. Aunque el Tribunal no puede admitir, sin más, esta conjetura, considera que se debe investigar el destino final de la totalidad de la producción de esta finca en los años señalados.

Procede, pues, estimar el recurso en lo que a esta primera denuncia se refiere, con objeto de que el Servicio practique lo necesario para investigar, en particular, los extremos señalados y, con más generalidad, la incidencia de la comercialización por Codorniu de productos elaborados con la variedad *Pinot Noir* en el mercado de vinos de denominación de origen *Cava* en su gama de mayor calidad y precio, con objeto de determinar si ha existido o no afectación sensible de la libre competencia.



SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

6. El Servicio ha basado el sobreseimiento de la denuncia sobre el riego de viñedos en la escasa incidencia sobre el mercado del cava de la infracción denunciada. Freixenet, S.A. alega que, aparte de las fincas propias, Codorniu, S.A. «utiliza» también tierras y viñedos cuyos titulares son accionistas de la empresa o miembros de la familia que la controla, pero no aporta nada para probar el riego de tales tierras y viñedos, ni precisa en qué consiste esta «utilización» de fincas ajenas, ni señala de qué forma podría imputarse a una empresa las prácticas de cultivo en tierras que no le pertenecen.

El Tribunal considera, por lo tanto, que esta alegación debe rechazarse.

7. Por lo que se refiere al marco de plantación y número de yemas por Ha., el Acuerdo del Servicio precisa que «en el Acta número 14/96FG (folios 1513-1514) del Consejo Regulador se sostiene que el número de cepas y yemas se encuentra dentro de los límites permitidos y como tal documento público hace prueba de lo en él manifestado. El informe aportado por Freixenet, S.A. incluye parcelas que no pertenecen a Codorniu, S.A., y de él se deduce que el número de cepas está dentro del máximo autorizado.»

El recurrente admite que el número de cepas por Ha. podría estar, en principio, dentro de los parámetros legales y explica que la contradicción entre los muestreos realizados se debe a que el Consejo Regulador inspeccionó únicamente la finca de Codorniu, S.A. en Raimat, mientras que el peritaje aportado por Freixenet, S.A. se realizó sobre la base de un muestreo de las fincas del entorno de Raimat, de las que se provee Codorniu, S.A. para su producción de cava.

Estas alegaciones confirman, pues, que el Consejo Regulador realizó debidamente su muestreo en la finca que era objeto de denuncia, mientras que Freixenet, S.A. lo hizo en fincas del entorno que no pertenecen a Codorniu, S.A., como se exponía en el Acuerdo del Servicio, por lo que no procede estimar el recurso en lo que se refiere a este punto.

8. Se recurre también el sobreseimiento de la denuncia de Freixenet, S.A. según la cual Codorniu, S.A. habría incurrido en violación de resolución judicial al utilizar ante el Servicio una información a la que había tenido acceso a efectos exclusivamente judiciales y al divulgarla en los medios de comunicación.

Por lo que respecta a su utilización ante el Servicio, no se ve, y tampoco se alega, el impacto que este hecho podría tener en el mercado. Por otra parte, no ha quedado demostrada la responsabilidad de Codorniu en la divulgación de la noticia de prensa, pues en el propio texto de la noticia se atribuía la información a otras fuentes.

El Tribunal desestima, pues, el recurso en lo que a este extremo se refiere.

9. Con respecto a la denuncia de Freixenet sobre la imitación del «Carta Nevada» por Codorniu, el Tribunal considera que existe en el expediente suficiente base documental para sostener el argumento del Acuerdo del Servicio según el cual el vidrio esmerilado es habitual en el envasado de bebidas y no resulta, por sí mismo, apropiable por ninguna marca. Así consta en diversas resoluciones judiciales, siendo la primera de ellas de 1977 (folio 1439) y algún dictamen del Registro de Propiedad Industrial a lo largo de los más de veinte años en los que Freixenet mantiene su punto de vista contrario. El hecho de que el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Barcelona haya fallado recientemente en sentido contrario no confirma esta apreciación, pero tampoco puede contrarrestar por sí sólo la doctrina anterior, puesto que la sentencia correspondiente no es aún firme.

En todo caso, aunque hubiese existido el acto desleal que se denuncia, sus efectos en el mercado, es decir, la desviación sensi-

ble de la demanda por confusión y engaño del consumidor, debieron darse casi de una sola vez o en los primeros años de la presunta imitación, ya que ahora, tras más de veinte años de presencia simultánea de cava de ambas firmas con idéntico envase, el mercado ha asimilado la presencia del mismo envase en productos de ambas empresas y difícilmente pueden producirse hoy confusión o malentendidos. En consecuencia, el acto desleal que falsea significativamente la competencia se habría producido, en su caso, varios años antes de la entrada en vigor de la LDC cuya aplicación se invoca.

Por ello, el Tribunal desestima la solicitud de Freixenet, S.A. sobre este punto.

10. Freixenet, S.A. recurre también el sobreseimiento de la denuncia contra Codorniu, S.A. por erigirse en fundador del cava, sobreseimiento que el Servicio explica considerando que «Codorniu, S.A. aporta documentación suficiente para aceptar que las afirmaciones sobre el fundador del cava no carecen de base, acompañando la referencia a un libro de Freixenet, S.A. en el que se reconoce la autoría del cava a Codorniu, S.A.».

Junto a la dificultad de encontrar la deslealtad del acto denunciado con los antecedentes que señala el Servicio y que constan en el expediente, hay que señalar también que falta en la denuncia y en las alegaciones del recurrente la prueba de que la publicidad de Codorniu, S.A. («primer cava») haya provocado impacto suficiente en el consumidor como para producir desviaciones significativas en la demanda, desviaciones que la empresa recurrente podría ser la primera en detectar, por lo que el recurso debe ser desestimado en lo que a esta denuncia se refiere.

11. El recurso contra el sobreseimiento de la denuncia contra Codorniu, S.A. por venta a precios irrisorios tampoco puede ser estimado por este Tribunal ya que, como sostiene el Servicio, existe en el expediente evidencia de ofertas de Freixenet, S.A. a precios más bajos que Codorniu, S.A.

Además, la denuncia se apoya en un par de casos aislados de los que difícilmente podría deducirse una política predatoria, mientras que los histogramas Nielsen de los años 95 y 96 (folios 1903-1894) muestran que Freixenet vende a precios consistentemente más bajos que Codorniu.

El Tribunal desestima, por ello, esta parte del recurso señalando que, en todo caso, el acto desleal sólo se daría si los precios practicados, más que bajos o irrisorios, estuvieran por debajo del coste de producción e insistiendo en que, aún así, habría que identificar un impacto sensible en el mercado para que pudieran ser considerados como infracciones del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

12. La solicitud de Freixenet, S.A. de que el Tribunal acuerde sobreseer la totalidad de las denuncias formuladas por Codorniu debe rechazarse puesto que el Acuerdo del Servicio de continuar la instrucción del expediente en este punto ni produce indefensión ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, únicas circunstancias en las que los actos del Servicio son recurribles ante este Tribunal, según el artículo 47 de la LDC.

13. Por último, la nueva denuncia que Freixenet presenta contra Codorniu en su escrito de alegaciones complementarias (antecedente de hecho número 9) no puede ser considerada por este Tribunal que se limita a trasladarla al Servicio.

14. En cuanto a la solicitud contenida en el escrito de alegaciones de Codorniu, S.A. para que se modifique el Acuerdo del Servicio de sobreseimiento parcial de la denuncia de Codorniu, S.A. contra Freixenet, S.A. y Castellblanch, S.A. y que se ordene por el Tribunal al Servicio tanto la ampliación del Pliego de Concreción de Hechos dirigido a Freixenet, S.A., como la formulación de un nuevo pliego dirigido a Castellblanch, S.A., cabe señalar



que, aunque se considerase dicha solicitud como un recurso contra dicho Acuerdo, a pesar de su inapropiada ubicación en un escrito de alegaciones, no podría ser estimado por el Tribunal ya que se presentó en un plazo superior al establecido en el artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Por todo ello, el Tribunal

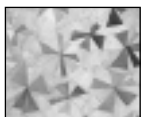
RESUELVE

1.º Estimar parcialmente el recurso de Freixenet, S.A. revocando el sobreseimiento por el Servicio de Defensa de la Competencia de la denuncia de Freixenet, S.A. contra Codorniu, S.A. por elaboración de cava con variedad de uva no autorizada.

2.º Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia que investigue cuanto se señala en el quinto fundamento de derecho de esta Resolución.

3.º Desestimar el resto del recurso interpuesto por Freixenet, S.A. contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 9 de septiembre de 1998.

4.º Remitir al Servicio de Defensa de la Competencia copia compulsada del escrito de Freixenet, S.A. de 7 de junio de 1999 al que hace referencia el fundamento de derecho número 13 y el antecedente de hecho número 9, a fin de que aquel decida lo que proceda en relación con la nueva denuncia formulada.



SECCION ESTADISTICO- INFORMATIVA

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. 435/98. Farmacéuticos de Sabadell)

■ Madrid, 28 de junio de 1999

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente Doña M.ª Jesús Muriel Alonso, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 435/98 (1600/97 del Servicio de Defensa de la Competencia: el Servicio, (SDC) iniciado como consecuencia de la denuncia presentada por Don David-Isaac Tobía García, en representación de Doña Margarita Trilla Millas, contra el Colegio de Farmacéuticos de Barcelona y su delegación de Sabadell por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la adopción de un acuerdo por parte de la delegación del Colegio de farmacéuticos de Sabadell, restrictivo de la competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 15 de abril de 1997 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia una denuncia presentada por Don David-Isaac Tobía García en representación de Doña Margarita Trilla Millas contra el Colegio de Farmacéuticos de Barcelona y su delegación de Sabadell, por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la adopción de un acuerdo por parte de la delegación del Colegio de farmacéuticos de Sabadell, restrictivo de la competencia.

Según la denunciante, por dicho acuerdo, adoptado por los farmacéuticos de Sabadell, en reunión celebrada el 10 de diciembre de 1996, se convino no incluir en los carteles informativos de las guardias farmacéuticas de la citada localidad la mención de que la farmacia «Trilla» se encontraba en servicio permanente.

2. El Servicio de Defensa de la Competencia, tras la práctica de información reservada, admitió a trámite la denuncia e incoó expediente sancionador, mediante Acuerdo de 9 de diciembre de 1997, declarando imputados a todos los farmacéuticos de Sabadell firmantes de los acuerdos adoptados en fecha 10 de diciembre de 1996 y 13 de junio de 1997 y, tras la práctica de las diligencias de instrucción que se estimaron pertinentes, decidió acordar el archivo parcial del expediente respecto a las imputaciones dirigidas al Colegio de Farmacéuticos de la provincia de Barcelona.

Dicho Acuerdo, adoptado el 23 de enero de 1998, fue recurrido por los farmacéuticos de Sabadell imputados ante este Tribunal, desistiendo, posteriormente, del mismo, siendo aceptado dicho desistimiento por Resolución de este Tribunal de fecha 8 de junio de 1998 (expediente r. 294/98).

3. Una vez concluida la instrucción del expediente sancionador, el Servicio de Defensa de la Competencia redactó el pliego de concreción de hechos, en el que se imputó a los farmacéuticos antes señalados la comisión de una infracción del artículo 1.1.a) de LDC o, subsidiariamente, del artículo 7 de dicha Ley.

4. Notificado el Pliego de Concreción de Hechos a las partes interesadas y formuladas por éstas las alegaciones que estimaron procedentes, el Servicio de Defensa de la Competencia elaboró el Informe Propuesta, de fecha 24 de junio de 1998, en el sentido siguiente: «*considera que los acuerdos adoptados de 10 de diciembre de 1996 y 13 de junio de 1997, por los que se adopta la decisión de no incluir a la farmacia "Trilla" en los carteles informativos que figuran en las fachadas de las oficinas de farmacia, indicando que permanece abierta veinticuatro horas al día, constituyen una infracción del artículo 1.1.a) de la LDC*», señalando en relación con la propuesta de imposición de multa, «*que Respecto al Acuerdo suscrito el 10 de diciembre de 1996, se considera que la infracción es menos grave ya que, ante la ausencia de una interpretación del Decreto 321/96 por parte de los órganos competentes, los farmacéuticos de Sabadell adoptaron la decisión de no incluir a la farmacia de la Señor Trilla en los carteles informativos indicando que realiza un horario superior al ordinario, en la buena fe de que su interpretación era la correcta, pues del Decreto parece deducirse que solamente hay que dar información de los turnos de guardia necesarios.*

Por el contrario, el Acuerdo suscrito el 13 de junio de 1997, a juicio del Servicio, constituye una infracción grave de la LDC, pues se adoptó en contra de las indicaciones Colegio Oficial de Farmacéuticos de Barcelona del que dependen los farmacéuticos de Sabadell, por lo que no puede argumentarse la existencia de buena fe. En opinión del Servicio es merecedor de la imposición de multa.

5. Recibido el expediente en el Tribunal de Defensa de la Competencia, fue admitido a trámite mediante providencia de 9 de julio de 1998, terminando de notificarse a las partes el día 27 del mismo mes.

Una vez formuladas alegaciones por los interesados y propuestas por éstos las pruebas de que pretendían valerse, se dictó auto de recibimiento del expediente a prueba, declarando las que se consideraron pertinentes y se dispuso su práctica.

Por providencia de fecha 28 de enero de 1999 se consideró también interesado en este expediente al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Barcelona.

Concluida la práctica de la prueba, el día 8 de abril de 1999 se dictó providencia emplazando a las partes para su valoración y, una vez cumplido el trámite, se ordenó la apertura del plazo para que las partes formularan sus alegaciones definitivas, a lo que todas ellas dieron cumplimiento.

6. El día 24 de mayo de 1999 se dictó providencia acordando la práctica de diligencias para mejor proveer, concediéndose a las partes un plazo de diez días para que formularan las alegaciones pertinentes en cuanto a ellas, haciendo, todas ellas, uso de tal derecho.

7. Durante la tramitación de este expediente, ha fallecido uno de los farmacéuticos imputados —Don Pere Pardell Escola.

8. El Pleno del Tribunal deliberó y falló el día 22 de junio del corriente.

9. Son interesados: Doña Margarita Trilla Millas, Doña Rosa Jordana Gisbert, Doña Esperanza Fuentemilla Tarancón, Don Juan Garriga Barata, Doña M.^a Pilar Torres Bescos, Don José María Tous Geulen, Doña Aurelia García Salas, Don Juan Mercader Casajuana, Doña Josefa Grimalt Sancho, Doña Genoveva Valls Serra, Don José Luis Baradad Solana, Don Juan M. Garrell Capdevila, Don Antonio Baques Manent, Doña Rosa Planas Escobet, Doña Isabel Domenech Sague, Don Carlos Domenech García, Doña Esther Baques Roviralta, Doña M.^a Dolores Morales Guarch, Doña Monserrat Bayan Taipolas, Doña M.^a Teresa Bonet Ortiz, Doña Isabel Pons Samaranch, Doña María Fuentemilla Tarancón, Doña Teresa Argemí Alsina, Doña Antonia Monserrat Marco, Don Lucas Herrero Rubio, Don Arturo Cladellas Casanovas, Doña M.^a Rosa Martí Escursell, Don Miguel Blancart Capdet, Don Joan Viñas Sant, Don Alex Viles Utjes, Colegio Oficial de Farmacéuticos de Barcelona.

HECHOS PROBADOS

1. Con fecha 5 de octubre de 1996 entró en vigor en Cataluña el Decreto 321/96, de 1 de octubre, sobre horarios de atención al público, servicios de urgencia, vacaciones y horario de apertura voluntario de las oficinas de farmacia, regulando la posibilidad de que las oficinas de farmacia prestaran su servicio de forma permanente durante las veinticuatro horas del día.

La farmacia «Trilla», propiedad de Doña Margarita Trilla Millas, fue la única de la localidad de Sabadell que se acogió a la posibilidad de servicio permanente, iniciando desde el mes de enero de 1997 su horario ininterrumpido de veinticuatro horas.

2. El 10 de diciembre de 1996, los farmacéuticos de la citada localidad, que pertenecen al Colegio de farmacéuticos de Barcelona, pero no constituyen «delegación» institucionalmente reconocida de dicho Colegio, celebraron una reunión en la que llegaron al siguiente Acuerdo: —«no incluir a las farmacias de servicio permanente (veinticuatro horas) en los carteles informativos de las farmacias de guardia, a la espera del dictamen de la Comisión de arbitraje.»

Las razones en que fundamentaban dicho Acuerdo consistían, básicamente, en las siguientes:

— En que el Decreto 321/96, sobre horarios de atención al público, establece que en la fachada de cada oficina de farmacia ha de informarse sobre las farmacias más próximas que atiendan el servicio de urgencia, pero no alude para nada a las farmacias de «servicio permanente».

— Y en que, obviamente, los conceptos de «servicio permanente» y «servicio de guardia» son distintos, toda vez que el primero es «voluntario», mientras que el segundo es obligatorio.

3. Ante dicho Acuerdo, Doña Margarita Trilla Millas efectuó diversas reclamaciones ante el Colegio de Farmacéuticos de Barcelona y en el Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat.

El 20 de mayo de 1997, la Junta de Gobierno del Colegio de Farmacéuticos de Barcelona acordó lo siguiente: «En la ciudad de Barcelona... En el resto de poblaciones, en la fachada de las farmacias se exhibirá la información completa de todas las oficinas de farmacia del municipio, con especificación de las que realizan horario ordinario y las que realizan horario superior (trece o veinticuatro horas). Este cartel estará siempre expuesto. Por otra parte se confeccionarán y se expondrán los carteles de turnos de urgencia de la manera habitual. Por lo que respecta al municipio de Sabadell, se acuerda ordenar a los farmacéuticos que adecuen su actuación a este acuerdo.»

Este ha sido también el criterio adoptado por el Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat en resolución de 4 de noviembre de 1997, resolviendo un caso similar.

Dicho Acuerdo fue notificado a los farmacéuticos de la localidad de Sabadell el día 4 de junio de 1997, quienes, con fecha 9 de junio, convocan la celebración de una reunión, incluyéndose como primer punto del orden del día de la misma, —«valoración y discusión sobre la obligatoriedad de exhibir en la fachada de las oficinas de farmacia, las farmacias de horario superior (veinticuatro horas).»

4. Dicha reunión se celebró el día 13 de junio de 1997 llegando a un Acuerdo en el que básicamente, se decidieron los siguientes extremos: «continuar con el sistema de información de farmacias que se venía realizando, informando de todas las oficinas de farmacia de la ciudad que atienden servicios de urgencia, destacando las farmacias más próximas, como establece el Decreto 321/1996.

Habida cuenta de que dicho Decreto no establece obligación de informar sobre las oficinas de farmacia que, por propia voluntad, mantienen un horario superior al ordinario; dado que dichas farmacias pueden informar a los usuarios en sus propios tablones de anuncios; dado que la oficina de farmacia de Sabadell que mantiene dicho horario superior, se ha anunciado unilateralmente, por medios inadecuados, al margen de toda ética profesional, se acuerda: —no especificar en el tablón de anuncios de cada farmacia, aquellas farmacias que tienen un horario de apertura superior al ordinario, toda vez que dicha postura no contradice normativa alguna, siendo, además, dicho horario voluntario y, por tanto, no tiene por objeto cubrir ninguna deficiencia del servicio farmacéutico, sino que obedece a un interés particular de quien toma dicha decisión.»

5. Finalmente, consta en el expediente que, al menos desde el mes de noviembre de 1997, los farmacéuticos de la localidad de Sabadell cumplen el Acuerdo del Colegio de Farmacéuticos de Barcelona de 20 de mayo de 1997, anunciando en los carteles informativos de cada oficina las farmacias que permanecen abiertas las veinticuatro horas del día.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Con carácter previo a las consideraciones que afectan al fondo del asunto deben aclararse una serie de puntos de carácter procedimental, habida cuenta de los efectos oclusivos que de su admisión se derivarían en relación con el análisis de la posible infracción a la libre competencia.

En primer lugar, los farmacéuticos expedientados alegan la falta de competencia de este Tribunal, señalando que la Ley 31/1991, de 13 de diciembre, de ordenación farmacéutica de Cataluña, así como el Decreto 321/96, de 1 de octubre, del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña, sobre horarios de atención al público, servicios de



**SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA**

urgencia y vacaciones de las oficinas de farmacia, atribuyen el conocimiento y determinación de la responsabilidad de los farmacéuticos por las infracciones que contemplan al Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat. Por ello, consideran que es a dicho Organismo al único que corresponde examinar la regularidad o irregularidad de su conducta, careciendo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2.1 de la LDC, este Tribunal de competencia para el conocimiento de los hechos denunciados.

Dicha alegación no puede prosperar. En efecto, es de indicar que en el presente expediente no se está examinando la responsabilidad disciplinaria de los farmacéuticos imputados por incumplimiento de la normativa que regula su actividad profesional, sino que el objeto del mismo consiste en determinar si la actuación de dichos farmacéuticos —en su calidad de operadores económicos—, que no está amparada en normativa legal alguna y, por consiguiente, queda al margen del artículo 2.1 de la LDC, constituye o no una infracción del artículo 1 de la citada Ley de Defensa de la Competencia, correspondiendo el examen de dicha cuestión exclusivamente a este Tribunal.

En tal sentido, conviene recordar que el Tribunal Supremo ha declarado que «la competencia para determinar si existe infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, corresponde exclusivamente al Tribunal de Defensa de la Competencia, no estando encomendada a otro Organismo, administrativo o judicial, ni existiendo reparto de competencias atendiendo a la naturaleza del sujeto imputado» (SS, 30 de diciembre de 1993, Sala 1.^a); habiéndose señalado reiteradamente por este Tribunal «que la LDC es una Ley General, sin excepciones sectoriales, que obliga a todos los sujetos públicos y privados y ha de ser respetada por todos ellos en sus actuaciones».

SEGUNDO. En cuanto a los argumentos de uno de los farmacéuticos sometidos a expediente en las presentes actuaciones, concretamente el Señor Viñas Sant, que alega falta de responsabilidad por su parte, con base en su no asistencia a la reunión en la que se adoptó el Acuerdo de 13 de junio de 1997, toda vez que, al delegar su voto, considera que se le imputan unos hechos en los que no ha tomado parte, también han de rechazarse, habida cuenta de que llevó a cabo la referida delegación de voto teniendo perfecto conocimiento de los asuntos a decidir dentro del Orden del día de la reunión y, por consiguiente, asumiendo la decisión que, con su voto delegado, se adoptase, máxime cuando con posterioridad no consta impugnación alguna de su parte contra lo acordado ni tampoco instrucciones previas en tal sentido. Sin olvidar, de otra parte, el carácter de responsabilidad objetiva, contraria a estrictos criterios culpabilísticos, que para esta clase de supuestos se establece, toda vez que, como se sabe, la antijuricidad tipificada en el artículo 1 de la LDC, es objetiva, deducible del «acuerdo» en sí, y no de las particulares razones que hayan movido a los contratantes a celebrarlo, pues dicho precepto habla de «objeto» del contrato o acuerdo —no de la intención de las partes—, exigiéndose, por razones de seguridad jurídica, que la ilicitud de las conductas sea deducible del examen de los acuerdos y no de una cierta investigación del ánimo de las partes.

TERCERO. Entrando ya en el fondo de la cuestión planteada, que no es otro que el de la determinación de si los acuerdos adoptados por los farmacéuticos expedientados constituyen o no infracción de las previstas en el artículo 1 de la LDC, como sostiene el Servicio de Defensa de la Competencia, hay que comenzar señalando que se trata de sendos acuerdos:

— Uno, adoptado el 10 de diciembre de 1996, que haciendo una interpretación literal del «servicio de urgencia» que han de prestar las oficinas de farmacia, tan sólo resuelve trasladar a un momento posterior la decisión acerca de la inclusión en los anuncios correspondientes a los establecimientos

en servicios de guardia de la farmacia abierta las veinticuatro horas del día.

— Y otro, de 13 de junio de 1997, que, como se expone en los hechos declarados probados, resuelve, en contra del criterio seguido por el Colegio de Farmacéuticos de la provincia de Barcelona, perfectamente conocido por los interesados, y corroborado posteriormente por el Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña, mantener con carácter definitivo la referida no inclusión del anuncio, en sus respectivas oficinas de farmacia, de la abierta las veinticuatro horas del día.

Indudablemente, el primero de dichos acuerdos no puede ser reputado como infracción puesto que se apoya en una interpretación, quizá en exceso literalista, pero posible de la norma vigente en aquel momento. En efecto, el Decreto 321/1996, de 1 de diciembre, antes citado, si bien establece la obligación de que en la fachada de cada oficina de farmacia se informe sobre las oficinas de farmacia que atiendan el servicio de urgencia (artículo 5.2), distingue claramente entre la prestación de dicho **servicio**, de la posibilidad de las farmacias de realizar **horario superior** al ordinario (de trece o veinticuatro horas al día), que han de participar también de la organización de los servicios de urgencia, como se pone de manifiesto por el Colegio de Farmacéuticos de la Provincia de Barcelona (escrito obrante en el folio 64 del expediente), no existiendo en aquel momento obligación alguna para los titulares de las oficinas de farmacia de «informar» respecto a las que prestasen dicho servicio permanente.

El propio Tribunal Constitucional en su sentencia 93/1992, de 11 de junio, puso ya de relieve la distinción entre **los turnos de guardia** que, teniendo por finalidad asegurar el abastecimiento de medicinas a la población, son de obligada observancia para los titulares de las farmacias, **del horario de apertura de las farmacias**, cuya regulación por las diferentes disposiciones legales no tiene ya como finalidad esencial garantizar el interés público consistente en procurar la mejor atención farmacéutica, sino que responde más a garantizar el equilibrio económico de los distintos titulares de las farmacias.

En definitiva, el comportamiento de los farmacéuticos expedientados en relación con el acuerdo expresado, no puede ser calificado como constitutivo de infracción de la LDC.

CUARTO. Sin embargo, no concurre dicha situación respecto de la segunda decisión.

En efecto, los hechos declarados probados ponen en evidencia que los farmacéuticos expedientados, a través del citado acuerdo de 13 de junio de 1997, decidieron, **en contra** de lo resuelto por el Colegio de Farmacéuticos de la provincia de Barcelona (a quien, junto con el Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña, que posteriormente siguió también el criterio adoptado por el Colegio, corresponde la ordenación de dicha materia), y de la que **tenían perfecto conocimiento**, no incluir en los carteles informativos expuestos en las fachadas de sus respectivas farmacias, la indicación de que la farmacia de la denunciante permanecía abierta veinticuatro horas al día.

Dicho comportamiento, como señala el Servicio de Defensa de la Competencia, constituye un acuerdo prohibido en el artículo 1.1.a) de la LDC, en cuanto que limita las condiciones comerciales, poniendo barreras a la denunciante en el ejercicio de su actividad pues, si se parte de la consideración de la fuerte intervención en que se desarrolla la actividad farmacéutica, con una compleja situación jurídico-administrativa, derivada, sin duda, de su regulación recogida tanto en el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, como en las respectivas legislaciones autonómicas de ordenación farmacéutica, y en la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia, es claro que la libre competencia entre los ejercientes de dicha actividad resulta muy limitada, reduciéndose fundamentalmente a la «calidad» en que el



SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

servicio se presta, ya que elemento tan esencial como el «precio» se encuentra prefijado de manera inalterable, así como impidiéndose otras actuaciones comerciales, como la venta a domicilio o las ventas exclusivas, entre otras conductas.

Por dicha razón, no hay duda de que la actuación de los expedientados, contraria a la decisión del Colegio adoptada dentro de las facultades que la ley le confiere (Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974), afecta al estricto margen de las incidencias que puede tener un competidor en ese mercado que, sin duda, dadas sus características, requiere de especial protección para que dentro de él se compita, de manera que ha de concluirse que la decisión de los farmacéuticos expedientados, poniendo barreras a quien, como la denunciante, intentando ganar cuotas de mercado, se acoge a una posibilidad legal, ofreciendo sus servicios durante las veinticuatro horas del día, constituye conducta que ha de ser calificada como prohibida por el citado artículo de la LDC.

QUINTO. No obstante, pese a la calificación como actividad infractora del acuerdo adoptado por los expedientados, ha de tenerse en cuenta que el mismo no ha causado efecto definitivo y relevante sobre la competencia, siendo escasa su repercusión, pues en momento alguno ha limitado el derecho de la denunciante a abrir su oficina de farmacia con el horario por ella elegido, ni ha impedido a la población de Sabadell tener conocimiento del horario de apertura del establecimiento de la denunciante.

Por ello, este Tribunal, al amparo del artículo 10, en relación con el artículo 46 de la LDC, considera adecuado ejercer prudentemente la potestad sancionadora, bastando en este caso la declaración de práctica prohibida, sin imponer, por tanto, sanción económica, advirtiéndole a estos operadores que en adelante se abstengan de realizar este tipo de acuerdos so pena de incurrir en grave infracción de la LDC.

Por todo lo anterior y vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia

RESUELVE

Primero. Declarar que el acuerdo adoptado el 13 de junio de 1997 constituye una práctica restrictiva de la competencia prohibida en el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, en la que han participado los farmacéuticos expedientados:

Segundo. Intimar a los autores de la práctica declarada prohibida para que se abstengan de realizarla en lo sucesivo.

Tercero. Ordenar a los sancionados la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el *Boletín Oficial del Estado* y en dos periódicos de máxima circulación, uno de ellos de ámbito nacional y el otro de Barcelona.

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

(Expte. 441/98. Electra Avellana)

■ En Madrid, a 7 de julio de 1999

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal, TDC), con la composición arriba expresada y siendo Ponente Don Julio PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente

Resolución en el expediente 441/98 (1712/97 del Servicio de Defensa de la Competencia: Servicio, SDC), iniciado a causa de la denuncia de Electra Avellana, S.L. (ELECTRA AVELLANA) contra Hidroeléctrica del Ribagorzana, S.A. (ENHER) por conductas presuntamente prohibidas por los artículos 6 y 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en rescindir el contrato de suministro de energía eléctrica existente entre ambas empresas y condicionar una solicitada ampliación de potencia a la presentación de un aval y al pago de un sobreprecio.

ANTECEDENTES

1. El 21 de octubre de 1997 tiene entrada en el Tribunal un escrito de ELECTRA AVELLANA, con sus correspondientes anexos, en el que se denuncia a ENHER por haber condicionado la ampliación de potencia en el suministro de energía eléctrica solicitada por la primera de la segunda a la presentación de un aval sobre consumos futuros y al pago de un sobreprecio, así como por haber rescindido unilateralmente la segunda el contrato de suministro suscrito entre ambas empresas. El mismo día el Tribunal lo remite con un oficio al Servicio a fin de que, si procede, se inicie el expediente que corresponda, de acuerdo con el artículo 36 LDC. Al interesado se le acusa recibo y se le comunica la remisión al Servicio.

2. El 16 de febrero de 1998 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, mediante Providencia, a la vista del escrito de denuncia recibido el 23 de octubre de 1997, de conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 3 del artículo 36 LDC, acuerda la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 6 y 7 de la LDC, precisándose que las actuaciones se entenderán con ENHER, así como con cualesquiera otras personas o entidades que pudieran aparecer vinculadas con los hechos denunciados. En la misma Providencia se nombra Instructor y Secretaria de Instrucción. La Providencia es notificada a las partes interesadas y se da traslado del escrito de denuncia a la empresa imputada.

3. El 12 de marzo de 1998 ENHER remite por correo certificado un escrito al Servicio en el que se da por notificada y solicita el archivo del expediente, alegando: a) como cuestión previa, que los hechos denunciados están siendo dirimidos en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Girona y que la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN) ha resuelto ya sobre los mismos hechos archivando la denuncia que en su día presentó ante ella la ahora denunciante. b) en cuanto al fondo del asunto, que los hechos denunciados no constituyen conductas prohibidas en la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

4. El 20 de marzo de 1998 ELECTRA AVELLANA remite por correo certificado un escrito al Servicio en el que se da por notificada y propone diversos medios de prueba.

5. El 14 de abril de 1998, el Instructor, con la conformidad del Director General, dicta Pliego de Concreción de Hechos, en el que se consideran acreditados los siguientes:

1) Electra Avellana es una pequeña empresa familiar dedicada a la distribución de la energía eléctrica que le suministra HIDROELECTRICA DEL RIBAGORZANA (ENHER) en una zona de la provincia de Gerona que abarca 7 municipios: Cornellá del Terri, Vilademuls, Foncuberta, Viladecens, Camos, Palol de Revardit y Bañolas.

Electra Avellana recibía la energía eléctrica de ENHER en



**SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA**

Sant Andreu de Terri a la tensión de 25 kw y por una potencia de 900 kw que destinaba a la distribución. El 19 de febrero de 1990, ambas suscribieron un contrato por el que ENHER ampliaba la potencia en 500 kw llegando a un total de 1.400 kw (folio 20).

2) El 26 de junio de 1996, Electra Avellana solicitó a ENHER un aumento de potencia de 300 kw sobre los 1.400 kw ya contratados (folio 8).

3) El 20 de agosto de 1996, el Señor Jordi Breda, en su calidad de Jefe de la Gestión Centralizada de Clientes de ENHER e HIDROELECTRICA DE CATALUNYA, S.A. (HEC), respondió a Electra Avellana manifestando que supeditaba la concesión de aumento de potencia a la presentación de un aval por el importe de los consumos previstos para un cierto período de tiempo y al pago de un sobreprecio sobre las tarifas eléctricas (folio 9).

4) El 18 de octubre de 1996, Electra Avellana solicitó a ENHER un nuevo aumento de potencia de suministro en 800 kw sobre los 1.400 kw ya contratados, para llegar a un total de 2.200 kw y le recordó que todavía no le había concedido los 300 kw solicitados el 26 de junio de 1996 (folio 38).

5) El 25 de octubre de 1996, Electra Avellana interpuso demanda judicial contra ENHER para el reconocimiento del derecho a la ampliación de potencia y resarcimiento de daños y perjuicios causados por la negativa de ampliación de potencia. Dicha demanda se está tramitando en la actualidad (folio 39-44).

6) El 7 de enero de 1997, ENHER envió un escrito a Electra Avellana concediéndole la ampliación de potencia hasta 2.200 kw y anunciándole la resolución unilateral del contrato (folio 46).

7) Electra Avellana denunció a ENHER ante la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN), que dictó Resolución el 7 de octubre de 1997 en los siguientes términos: «Archivar la denuncia presentada por ELECTRA AVELLANA, S.L. contra ENHER, S.A., pues aunque inicialmente ENHER no concedió los aumentos de potencia, supeditándolos a la aceptación por ELECTRA AVELLANA de ciertas condiciones, finalmente la solicitud de incrementos de potencia ha sido atendida sin someterlo a condición alguna» (folios 61-64).

8) Los usuarios finales no se han visto afectados por este retraso en la concesión de la ampliación de potencia solicitada, ya que ENHER suministró automáticamente toda la potencia demandada por Electra Avellana.

Electra Avellana ha tenido que pagar el exceso de potencia consumida con un recargo de 200 por 100 en agosto de 1996 por valor de 59.850 pesetas por consumir 50 kw por encima de la potencia contratada; en septiembre y octubre no hubo recargos por ser meses de bajo consumo; en noviembre el recargo fue de 87.780 pesetas por un exceso de consumo de 110 kw que Electra Avellana se negó a pagar y en el mes de diciembre se negó a pagar tanto el recargo como el consumo de energía eléctrica.

6. En el procedimiento contradictorio sucesivo a la formulación por el Servicio del Pliego de Concreción de Hechos, las partes hacen las alegaciones que seguidamente se resumen:

6.1. ENHER manifiesta: a) Como cuestión previa, reitera las excepciones procesales formuladas en su escrito de 12 de marzo de 1998, en concreto la de litispendencia en un Tribunal ordinario y la de cosa juzgada en el ámbito administrati-

vo de la CSEN. b) En cuanto al fondo del asunto, que la solicitud de ampliación de potencia no ha sido efectiva hasta el 31 de octubre de 1997 y que la actuación de ENHER ha sido siempre ajustada a derecho y, en concreto, a la normativa específica y vigente del sector eléctrico, citando en su apoyo una Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1997.

6.2. ELECTRA AVELLANA, por su parte, manifiesta que la denuncia tenía como fundamento, por un lado, la negativa inicial y el retraso injustificado en conceder la ampliación de potencia y, por otro, la resolución unilateral del contrato existente entre las partes, que ha producido efectos jurídicos y perjuicios inmediatos para la denunciada, cuyas relaciones con ENHER han quedado sin marco contractual, regulándose ahora únicamente por las leyes eléctricas.

7. El 25 de septiembre de 1998 tiene entrada en el Tribunal un escrito del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia al que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 37.3 LDC, se adjunta, para su resolución, el expediente instruido en el Servicio. El Informe con el que se concluye el expediente en el Servicio y que redacta el Instructor con la conformidad del Director General, finaliza proponiendo:

Primero. Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare que la actuación acreditada de ENHER de rescindir el contrato de suministro firmado con Electra Avellana el 19 de febrero de 1990 y de tratar de condicionar la ampliación de potencia solicitada por Electra Avellana a la presentación de un aval y al pago de un sobreprecio por encima de las tarifas oficiales constituye una conducta prohibida por el artículo 6 de la LDC.

Segundo. Que intime al cese de las prácticas realizadas por ENHER.

Tercero. Que ordene a ENHER, a su costa, la publicación de la Resolución en el *BOE* y en un diario de ámbito nacional de mayor tirada.

Cuarto. Que imponga a ENHER una multa acorde con la gravedad de su conducta.

Quinto. Que adopten los demás procedimientos que se prevén en el artículo 46 para el supuesto de prácticas prohibidas que el Tribunal considere oportunas.

8. El 29 de septiembre de 1998 el Pleno del Tribunal dicta Providencia en la que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 LDC, se acuerda la admisión a trámite del expediente, se nombra Ponente y se concede a los interesados el plazo de quince días que establece el artículo 40.1 LDC para que puedan solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimen necesarias. Todas las partes comparecen en este trámite.

9. El mismo día 29 de septiembre de 1998 el Presidente del Tribunal Señor Petitbò comunica al Pleno, verbalmente y por escrito, que, visto el alcance del expediente y como tiene denunciada a Hidroeléctrica de l'Empordà, filial del grupo ENHER (que es parte interesada en este expediente), ante la Generalitat de Catalunya por supuestas irregularidades en la contratación del suministro de energía en un inmueble de su propiedad, en evitación de que la referida circunstancia pueda utilizarse y ser interpretada como causa de recusación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en relación con el artículo 28.2.a) y c) de dicha Ley, plantea al Pleno del



**SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA**

Tribunal su abstención en el referido expediente, con el ruego de que sea aceptada. El Pleno acepta la abstención del Señor Petitbò en la tramitación del expediente.

10. El 2 de febrero de 1999, por Auto, el Tribunal resolvió no celebrar vista y declarar pertinentes determinadas pruebas propuestas, denegando otras. Finalizado el plazo concedido para la práctica de la prueba, con el resultado que obra en el expediente, mediante Providencia de 5 de marzo de 1999 se pone de manifiesto a los interesados el resultado de las diligencias de prueba para que, en el plazo de diez días, aleguen lo que estimen procedente sobre su alcance e importancia; asimismo, se acuerda que, concluido dicho plazo, los interesados dispongan de otro de quince días, inmediatamente sucesivo, para formular conclusiones, conforme a lo prescrito en el artículo 41.1 LDC.

11. En el trámite de valoración de prueba comparecen ambas partes.

11.1. ENHER lo hace mediante escrito que el 7 de marzo de 1999 remite al Tribunal por correo administrativo, en el que se reitera en sus alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos y en el que hace notar que la Audiencia Provincial de Girona ha desestimado íntegramente la demanda interpuesta por ELECTRA AVELLANA frente a ENHER, acompañando al efecto una fotocopia de la Sentencia correspondiente de 3 de marzo de 1999.

11.2. ELECTRA AVELLANA también lo hace por escrito, que remite al Tribunal certificado el 25 de marzo de 1999, en el que se adhiere tanto al Informe-Propuesta del Servicio como al contenido de la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia, número 2 de Girona que estima la demanda de Electra Avellana y hace notar que la prueba de confesión confirma los hechos probados.

12. En el trámite de conclusiones comparecen asimismo las dos partes.

12.1. El escrito de ENHER, de 7 de abril de 1999, hace hincapié en los extremos que seguidamente se resumen: a) Que la CSEN resolvió archivar la denuncia presentada por ELECTRA AVELLANA por los mismos hechos que han dado lugar al presente expediente y que en el mismo sentido se pronunció la Dirección General de Energía de la Generalidad de Cataluña. b) Que la actuación de ENHER fue ajustada a derecho y en ningún momento supuso que ELECTRA AVELLANA no tuviese la potencia que en todo momento precisó. c) Que la denunciante ha mostrado falta de buena fe y abuso de derecho en su modo de pedir los aumentos de potencia.

12.2. ELECTRA AVELLANA remite al Tribunal su escrito de conclusiones el 14 de abril de 1999 por correo certificado y en el mismo se resalta: a) Que a lo largo del procedimiento han quedado acreditados los hechos considerados tales por el Servicio en su Informe-Propuesta. b) Que, al no acceder ELECTRA AVELLANA a las imposiciones de ENHER, tuvo que soportar un recargo del 200 por 100. c) Que el propósito de ENHER de perjudicar a ELECTRA AVELLANA resulta evidente pues, como no pudo impedir la ampliación de potencia, rescindió el contrato de suministro existente entre ambas empresas. Por todo ello, la parte se reitera en el contenido de su escrito de denuncia.

13. El Pleno del Tribunal deliberó y falló en su sesión de 29 de junio de 1999.

14. Son interesados: Electra Avellana, S.L. Hidroeléctrica Ribagorzana, S.A.

HECHOS PROBADOS

1. ELECTRA AVELLANA es una empresa distribuidora de energía eléctrica en una zona de la provincia de Girona que abarca los municipios de Cornellá del Terri, Vilademuls, Foncuberta, Viladecens, Camos, Palol de Revardit y Bañolas. La energía que ELECTRA AVELLANA distribuye la adquiere a ENHER, que es productora y además en la misma zona tiene instaladas líneas eléctricas desde las que suministra a los consumidores finales, razón por la cual ENHER, además de proveedora de ELECTRA AVELLANA, es allí su directa competidora.

2. Desde el 19 de febrero de 1990 estaba en vigor un contrato entre ENHER y ELECTRA AVELLANA que establecía como potencia contratada la cantidad de 1400 kw. El 26 de junio de 1996 ELECTRA AVELLANA solicitó por escrito de ENHER un aumento de potencia de 300 kw, petición que fue respondida por ENHER mediante una carta en la que condicionaba atender la petición a la presentación de una aval por el importe de los consumos previstos para un cierto período futuro de tiempo y al pago de un sobreprecio sobre las tarifas eléctricas para la potencia adicional.

3. El 18 de octubre de 1996 ELECTRA AVELLANA solicitó a ENHER un nuevo aumento de potencia en 800 kw sobre los 1400 kw contratados y le recordó que todavía no le había concedido los solicitados el 26 de junio del mismo año. Asimismo el 25 de octubre de 1996 ELECTRA AVELLANA interpuso demanda judicial contra ENHER para el reconocimiento del derecho a la ampliación de potencia y el resarcimiento de daños y perjuicios causados por no haberle sido concedida aquella. El 7 de enero de 1997 ENHER envió un escrito a ELECTRA AVELLANA concediéndole la ampliación de potencia hasta los 2200 kw solicitados, en el que al mismo tiempo se le anunciaba la resolución unilateral del contrato vigente entre ambas empresas.

4. Los consumidores finales no se han visto afectados por estos hechos ya que ENHER suministró a ELECTRA AVELLANA siempre la energía demandada, tal como le impone la legislación sectorial. Pero sí surtieron efectos para ELECTRA AVELLANA, a quien ENHER facturó los excesos de suministro sobre la potencia contratada a un precio del 200 por 100 del aplicado a los suministros hasta el límite de aquella y, por otra parte, al rescindir ENHER unilateralmente el contrato que regía las relaciones entre ambas empresas, dejó a éstas relaciones reguladas únicamente por la legislación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En este expediente se plantean por las partes algunas cuestiones que importa a este Tribunal ventilar con carácter previo. La primera, se refiere a cómo deba afectar a lo que este Tribunal resuelva que sobre los mismos hechos denunciados hubiera, primero, una litispendencia en un Tribunal ordinario y, luego, una Sentencia. La segunda, a si puede pronunciarse este Tribunal cuando sobre los mismos hechos denunciados hay ya resoluciones de otros órganos administrativos, como la CSEN o la Dirección de Energía de la Generalidad de Cataluña. Y la tercera cuestión se refiere a cómo haya de afectar a esta Resolución la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1997, que se cita.

En lo que atañe a la primera cuestión, es importante señalar que una cosa es la vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia y otra bien distinta los asuntos de orden civil conexos que puedan plantearse. Los segundos son propios y exclusivos del conocimiento del juez ordinario, pero el examen



**SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA**

de la primera cuestión, de orden público económico, corresponde en exclusiva a este Tribunal, cuyas actuaciones son revivables únicamente por la jurisdicción contencioso-administrativa. Como este mismo Tribunal acaba de reiterar en Resolución de 28 de junio de 1999 (Expte. 435/98 Farmacéuticos de Sabadell): «En tal sentido, conviene recordar que el Tribunal Supremo ha declarado que 'la competencia para determinar si existe infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, corresponde exclusivamente al Tribunal de Defensa de la Competencia, no estando encomendada a otro Órgano, administrativo o judicial, ni existiendo reparto de competencias atendiendo a la naturaleza del sujeto imputado' (SS, 30 de diciembre de 1993, Sala 1.ª)».

Por lo que se refiere a la segunda cuestión planteada, es también de aplicación la ya expresada doctrina según la cual es competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia examinar si determinada conducta vulnera la LDC que todos los operadores, cualquiera que sea el sector en que operen, deben respetar.

Finalmente, en cuanto a la tercera cuestión, se reproduce a continuación el FD 4 de la Resolución de este Tribunal de 19 de febrero de 1999 dictada en el Expte. 427/98, Electra Caldense, en el que figuraba como parte denunciada por abuso de posición de dominio ENHER y que, como tal, fue sancionada: «La interesante doctrina que incorpora la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1997, incluida en el expediente como alegación de parte, no es de aplicación al presente caso, porque la referida Sentencia juzga unos hechos que se produjeron con anterioridad a que estuviera vigente la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional. Esta Ley altera los supuestos, al pasar un asunto que antes era de orden civil a ser de orden público económico».

1978, dice textualmente en el Considerando 65: «La posición de dominio... afecta a una posición de potencia económica detenida por una empresa a la que le da el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado en cuestión, al proporcionarle la posibilidad de comportamientos independientes en una medida apreciable respecto de sus competidores, de sus clientes y, finalmente, de los consumidores». Esta doctrina es confirmada en otra Sentencia señera posterior del mismo Tribunal, la Sentencia *Hoffman-La Roche*, de 13 de febrero de 1979, y luego es incorporada por la Comisión Europea en su Comunicación de 9 de diciembre de 1997 (97/C 372/03), en cuyo punto 10 define la posición de dominio como aquella que permite al que la ostenta «comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, de sus consumidores».

Interesante asunto desde el punto de vista práctico es el de la investigación necesaria para saber si una empresa está en posición de dominio en un mercado concreto, de producto y geográfico. La mencionada Sentencia *United Brands* indica que la referida cuestión debe elucidarse examinando la estructura de la empresa y la situación competencial existente.

En el presente caso, es evidente que la importancia y el grado de integración vertical del grupo empresarial denunciado perfilan una estructura empresarial poderosa, monopolista de la producción de energía en el mercado relevante, aunque ciertamente en el ámbito de un sector que está fuertemente regulado por la legislación.

Por lo que se refiere a la situación competencial existente, se caracteriza por unas condiciones estructurales que combinan un monopolio de la producción y distribución intermedia (ENHER) y un duopolio de distribución final formado por dos empresas, ENHER y ELECTRA AVELLANA, la primera grande y potente económicamente que, además de ser el único proveedor posible de la otra pequeña, es competidor directo de ésta en el mismo mercado.

Es incuestionable que el examen que el alto tribunal europeo señalaba como exigible para poder apreciar si una empresa está en posición de dominio en un mercado concreto arroja en el presente caso resultados concluyentes: ENHER ostenta una posición de dominio indiscutible en el mercado de referencia, si bien en el marco de una regulación legal sectorial que le impide ciertas prácticas abusivas, aunque no todas.

4. Examinada la cuestión de la existencia de posición de dominio, procede considerar si los hechos denunciados y probados constituyen una explotación abusiva de tal posición.

La Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN) que, en su artículo 40.1.c), establece que las empresas distribuidoras deberán proceder a la ampliación de las instalaciones cuando así sea necesario para atender nuevas demandas de suministro, dispone en su artículo 40.2.b) y c) que estas empresas tendrán aseguradas sus necesidades de energía eléctrica en condiciones no discriminatorias y, en su artículo 41.1, que las empresas de distribución no podrán negar la utilización de una red a quienes actúen en el sistema independiente o a quienes lo hagan en el sistema integrado, salvo cuando ello impida el uso de la misma necesario para el cumplimiento de sus obligaciones como distribuidor.

Por otra parte, la Orden Ministerial de 27 de diciembre de 1996, de desarrollo del Real Decreto 2204/1995, de 28 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica para 1996, en relación con los pequeños distribuidores, establece en su apartado primero que, hasta tanto no se desarrolle el artículo 16.1.c) de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, el régimen económico aplicable para la adquisición de energía eléctrica destinada al suministro de terceros por los distribuidores no acogidos al Real Decreto 1538/1987, de 11 de diciembre, será el siguiente: «a) La tarifa D, creada por Real Decreto 1678/1990, de 28 de diciembre, en sustitución de la tarifa E.3, es sólo de aplicación a aquellos distribui-

2. Pasando ya al fondo del asunto, el Servicio considera que ENHER ha llevado a cabo una conducta prohibida por el artículo 6 LDC al haber adoptado los siguientes comportamientos: a) Condicionar la ampliación de potencia solicitada a la presentación de un aval y al pago de un sobreprecio. b) Rescindir unilateralmente el contrato de suministro suscrito entre ambas empresas.

Corresponde, pues, a este Tribunal dilucidar si tales comportamientos probados implican la explotación abusiva por ENHER de posición de dominio en el mercado de suministro eléctrico a los municipios de la provincia de Gerona: Cornellá del Terri, Vilademuls, Foncuberta, Viladecens, Camos, Palol de Revardit y Bañolas.

3. Lo primero que procede examinar es si en el mercado relevante acotado tiene ENHER posición de dominio.

El término *posición de dominio* hace referencia a un concepto poco preciso y relativo, cuya existencia hay que determinar por referencia a un operador económico y a un mercado concretos, y que se perfila a partir de dos ideas básicas: poder económico e independencia de comportamiento. Así, la posición de dominio de una empresa concreta en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que una empresa tenga esa aptitud dependerá de que se den una serie de circunstancias que, para la empresa en cuestión, podrían resumirse en *poder económico e independencia de comportamiento*. Por eso, se dice de un operador económico que disfruta de una posición de dominio en un mercado cuando en el mismo tiene poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar, modificando en su provecho el precio u otra característica del producto, sin tomar en consideración las posibles reacciones de sus competidores, sus proveedores o sus clientes.

En el sentido indicado, la emblemática Sentencia *United Brands* del Tribunal de Justicia Europeo, de 14 de febrero de



SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

dores a quienes se les viniese facturando por la referida tarifa. Por tanto, para toda nueva contratación de suministros o aumentos de potencia a los existentes, salvo la correspondiente a los aumentos vegetativos que a estos efectos se cuantifican en un 10 por 100 de carácter anual, se aplica la tarifa general correspondiente».

Examinados estos preceptos, es evidente que ELECTRA AVELLANA tiene derecho al aumento de potencia, pero también lo es que no al mismo precio la energía adicional que la contratada previamente incrementada en un 10 por 100 anual. Es decir, la ley obliga a ENHER a atender las peticiones de incremento de potencia, asignando tarifa D a una parte y una tarifa negociable al resto. Y, desde luego, lo que la ley no ampara es la imposición de condiciones a la distribuidora por parte del suministrador. Si la imposición, además, se hace desde una posición de dominio, como la que ostenta ENHER en el mercado de referencia, puede concluirse que se trata de una explotación abusiva de tal posición.

De la exigencia de presentar un aval cabe, en el presente caso, concluir lo mismo. Condicionar la ampliación de potencia a un pequeño distribuidor que compite con ENHER en el mercado de referencia a que avale los pagos por incrementos de consumo, cuando no había antecedente alguno de morosidad en su comportamiento, muestra como mínimo una animosidad o propósito de perjudicarlo que en el contexto estructural del mercado afectado tiene que ser reputado de abusivo de la posición de dominio ostentada. Que luego, una vez que el perjudicado presenta una demanda ante el juez civil, se acceda a su petición sin que aporte efectivamente el aval no corrige el inicial propósito de dañar al único competidor que tiene ENHER en el mercado afectado.

Corresponde al juez civil pronunciarse sobre la rescindibilidad de un contrato entre partes y, consecuentemente, no va este Tribunal a declarar nada al respecto, pero no puede por menos que fijar su atención en cuál ha sido el momento en que ENHER unilateralmente decide rescindir el contrato, y considerar que la presión que tal acción supone sobre ELECTRA AVELLANA se presenta como un indicio claro de constituir una pieza más de la explotación abusiva de su posición de dominio que ENHER ha llevado a cabo. Y no cabe, según hace ENHER en sus alegaciones, decir como única justificación de que nada malo se ha hecho que el suministro de energía eléctrica ha continuado. La Ley y la policía industrial de los órganos administrativos le hubieran conminado a ello en todo caso. Pero no es lo mismo para ELECTRA AVELLANA tener un contrato que regule sus relaciones con ENHER que confiar las mismas a una mutable legislación en la que la capacidad de las partes de incorporar condiciones beneficiosas para ellas en la norma que regula sus relaciones es nula.

Por todo ello, hay que concluir que ENHER, al condicionar las ampliaciones de potencia solicitadas por ELECTRA AVELLANA a la presentación de un aval y al pago de un sobreprecio, rescindiendo unilateralmente el contrato vigente entre ambas empresas cuando aprecia que la otra parte no se allana, llevó a cabo una explotación abusiva de su posición de dominio en el mercado de suministro eléctrico a los municipios de Cornellá del Terri, Vilademuls, Foncuberta, Viladecens, Camos, Palol de Revardit y Bañolas, lo cual supone una transgresión del artículo 6 LDC.

5. Las sanciones que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Competencia se regulan en la Sección segunda del Capítulo I del Título I de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, que distingue, a los efectos que ahora interesa, entre intimaciones y multas sancionadoras.

En cuanto a las intimaciones, el artículo 9 LDC establece que quienes realicen actos descritos en los artículos 1, 6 y 7 de la misma podrán ser requeridos por el Tribunal de Defensa de la Competencia para que cesen en los mismos y, en su caso, obligados a la remoción de sus efectos.

Por lo que se refiere a las multas sancionadoras, el artículo

10 LDC determina que el Tribunal podrá imponer a los que infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, multas de hasta 150 millones de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal.

La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia. b) La dimensión del mercado afectado. c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente. d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios. e) La duración de la restricción de la competencia. f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

En el presente caso, el Tribunal considera que debe intimar y multar y, teniendo en cuenta todos los factores expuestos, estima que la multa sancionadora para ENHER debe ser de 20 millones de pesetas.

Por todo lo anterior y vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia

RESUELVE

Primero. Declarar que las actuaciones acreditadas de Hidroeléctrica Ribagorzana, S.A. constituyen conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Segundo. Intimar a ENHER al cese de estas prácticas.

Tercero. Imponer a ENHER la multa de veinte millones de pesetas.

Cuarto. Ordenar a ENHER la publicación, a su costa, de esta Resolución en el *BOE* y en un diario de información general y ámbito nacional de mayor tirada.

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, que podrá interponerse ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la Resolución. ■

(Expte. A 232/97)

■ En Madrid, a 3 de mayo de 1999

Unase al expediente el escrito de la representación de Trans Unión España Credit Bureau, S.L., por el que solicita el cambio de denominación de este expediente, de suerte que en el mismo figure «Trans Unión España», denominación que deriva del de la actual titular de la autorización, en vez de «Interpres», que se correspondía con el de la anterior titular.

Vistas las razones expuestas por el solicitante, así como que en la Resolución de 11 de marzo de 1999, recaída en este expediente, se cita correctamente la entidad titular de la autorización que aquella concede, procede el cambio de denominación del expediente.

Déjese constancia en la Resolución, mediante Diligencia, del cumplimiento de esta Providencia.

Comuníquese al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados.



**SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA**

Así lo han acordado los señores expresados al margen en el Pleno del pasado día 27 de abril, firmando el Presidente conmigo, el Secretario. ■

(Expte. A 260/99. Contrato tipo Cosmeparf)

■ En Madrid, a 12 de julio 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 Señor Franch Meneu, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 260/99 (1946/99 del Servicio de Defensa de la Competencia) iniciado como consecuencia de la solicitud de autorización singular formulada por la compañía Cosmeparf, S.A. para un contrato tipo de distribución de perfumes GUCCI.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 8 de febrero de 1999 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio) un escrito en el que Cosmeparf, S.A. (en adelante, Cosmeparf) solicita autorización singular para el establecimiento de un contrato tipo de distribución selectiva en el mercado español de productos cosméticos de lujo.

Cosmeparf es una Compañía constituida en el año 1980 que se dedica fundamentalmente a la fabricación, compra y venta de toda clase de productos de perfumería y cosmética en España. Está participada en un 99,96 por 100 por Rochas, S.A. quien a su vez forma parte del grupo de empresa denominado Wella/Cosmopolitan Cosmetics.

Cosmeparf distribuye en España los perfumes y productos cosméticos de Priscilla Presley, Peljovent, Charles Jourdan, Gabriela Sabatini y 4711; todos ellos se distribuyen de forma abierta, según pedidos recibidos. A su vez, distribuye los productos Rochas y Gucci, que son objeto de la presente solicitud de autorización.

2. Con el fin de completar la documentación presentada para llevar a cabo la admisión a trámite de la solicitud de autorización, el 11 de febrero de 1999 el Servicio requirió de la solicitante la información pertinente, que fue facilitada el 2 de marzo de 1999 entendiéndose que la solicitud ha sido presentada en forma en dicha fecha.

3. Por Providencia de 5 de marzo de 1999 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó la admisión a trámite de la solicitud y la incoación de expediente, formalizándose, en la misma fecha, la nota extracto a efectos del trámite de información pública de conformidad con lo dispuesto en los artículos 38.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y 5 del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero.

4. Con fecha 5 de marzo de 1999, en cumplimiento también de lo dispuesto en el artículo 38.4 de la LDC y el artículo 5 del Real Decreto 157/1992, se solicitó al Instituto Nacional del Consumo el preceptivo informe del Consejo de Consumidores y Usuarios.

5. El Servicio, en cumplimiento de los artículos 38.2 de la LDC y 6 del Real Decreto 157/1992, emitió informe, recibido en el Tribunal junto con el expediente, que concluía estimando que el Contrato Tipo de Distribución Selectiva de productos Gucci, en el mercado español de productos cosméticos de lujo, para el cual solicitó autorización Cosmeparf, podría ser considerado como una cooperación lícita, al amparo del artículo 3.1 de la Ley 16/1989, por un plazo no superior a cinco años para su aplicación, pero una

vez que se definen claramente los términos en que se va a exigir el volumen de compra mínima anual cuyo porcentaje está indeterminado en el contrato propuesto.

Entre otras consideraciones, en el informe se indica también que en general el sector de los cosméticos se caracteriza por la presencia de grandes empresas multinacionales, como es en el presente caso Wella/Cosmopolitan Cosmetics, que integran a un gran número de empresas, junto a las que coexisten pequeñas empresas muy especializadas. Estas características se dan asimismo en el segmento de productos cosméticos de lujo. En este último, la distribución, por lo general, sigue las pautas de la distribución selectiva, con un alto grado de competencia dada la existencia de un elevado número de oferentes.

Cosmeparf estima que su cuota de mercado es del 3,94 por 100, y la cuota de los perfumes Gucci, en el segmento de perfumería y cosmética de lujo, la estima en un 0,58 por 100. Por tanto, no goza de un poder de mercado importante que pueda hacer presumible una restricción de la competencia.

En el Contrato de Concesionario Autorizado, remitido por Cosmeparf, y en las Condiciones Generales de Venta se cumplen los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación en cuanto a la selección de revendedores.

— Los distribuidores autorizados son seleccionados en aplicación de criterios de carácter objetivo relativos a la cualificación profesional de su personal y de sus instalaciones (Condiciones Generales de Venta).

— Dichos criterios son fijados de manera uniforme a todos los revendedores potenciales, siendo adecuados para el objetivo perseguido y sin que exista discriminación.

No obstante, en el presente contrato, se establecen restricciones adicionales diferentes de los «principios» anteriormente reseñados que, por su carácter restrictivo, entran en las prohibiciones del artículo 1 de la LDC y requieren, por tanto, su autorización. En concreto, el contrato-tipo contiene obligaciones para los distribuidores autorizados que pueden considerarse proporcionados para obtener el fin perseguido por el sistema selectivo de distribución, tales como:

— Tener en todo momento un *stock* mínimo de venta de dos terceras partes de las referencias de cada línea vendida por Perfumes Gucci y una muestra representativa de cada una de las «líneas».

— Cooperación publicitaria y promocional.

— Venta a consumidores finales y libertad de entregas cruzadas entre los miembros de la red de distribución del Espacio Económico Europeo.

— Realizar un volumen mínimo de compras anuales.

Siguiendo la doctrina del Tribunal en el expediente 380/96 (Perfumería), estima el Servicio una opinión favorable a la existencia de cláusulas similares por considerar que permite concentrar la distribución en los puntos de venta más competitivos, con lo que se consigue racionalizar los costes de distribución y los apoyos a los detallistas autorizados.

No obstante, al hacer referencia al «Volumen Mínimo de Ventas y de Stock por Puntos de Venta», llama la atención que no se definen las cifras que determinarán las compras mínimas anuales de cada concesionario, lo cual, caso de no ser uniformes para toda la red, podría convertirse en un doble sistema de selección, con efectos discriminatorios.

6. Por Providencia de 7 de abril de 1999 el Tribunal admitió a trámite el expediente y designó Ponente al Señor Franch Meneu.



**SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA**

7. En su reunión del 13 de mayo de 1999 el Pleno del Tribunal acordó requerir a la solicitante para que, de acuerdo con lo indicado por el Servicio, definiera las cifras uniformes que determinarán las compras mínimas anuales de cada concesionario para evitar efectos discriminatorios. Tal requerimiento fue atendido por Cosmeparf y confirmado en documento de fecha 27 de mayo de 1999.

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

9. Es interesada en este expediente Cosmeparf, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El contrato-tipo para el que se solicita autorización, según el artículo 4 de la LDC, es un contrato de distribución selectiva por el cual Cosmeparf concede a la otra parte contratante la calidad de concesionario autorizado de productos de belleza y de perfumería (productos Gucci). En el contrato y en las condiciones generales de venta anexas se contienen cláusulas referentes: a las características de los lugares de venta; al suministro por parte de Cosmeparf, pudiendo el concesionario suministrarse de concesionarios autorizados de otros países; a la entrega y asistencia técnica; a la duración del contrato que podrá ser renovado por tácita reconducción por períodos de doce meses; a la naturaleza exclusiva del contrato; a la estimación del contrato; a la cualificación profesional del concesionario y a su equipo de ventas y asesoría; al área de exposición de los productos; a las marcas de la competencia; a las condiciones de venta; al volumen mínimo de ventas y de «stock» por punto de venta; a la cooperación publicitaria y profesional; a las condiciones comerciales y de facturación; a la expansión del negocio... etcétera.

La justificación de la solicitud se encuentra en la conveniencia de recurrir a un sistema de distribución especial por tratarse de productos de alta calidad que necesita una investigación específica y una esmerada presentación que intenta conseguir una imagen selecta y distinta de otros productos similares del mercado. Se necesita, por lo tanto, un cierto control y selección de la comercialización al por menor para que no se desvirtúe lo conseguido con la innovación aportada con el producto y el buen hacer comercial conseguido con anterioridad.

2. La LDC entronca con el artículo 38 de la Constitución donde la libre empresa y el espíritu empresarial tienen un protagonismo especial. También lo hace con el artículo 33 de la Constitución Española, en el que se reconoce el derecho a la propiedad privada y se indica que su función social delimita su contenido de acuerdo con las leyes. Propiedad y libertad de emprender, ligados en el texto constitucional, se encuentran también unidos en toda acción humana económica que busca sacar partido a lo que se posee porque ha sido adquirido con anterioridad por el trabajo creativo, la imaginación novedosa y el buen hacer empresarial. El clásico principio del derecho según el cual quien descubre algo se lo puede apropiarse, y percibir también sus rendimientos, hace que cualquier innovación o mejora de un producto o servicio tienda a ser empresarialmente puesta a disposición de los clientes potenciales cuidando que no pierda las virtualidades originales distintivas que lo hacen atractivo.

La tradicional y multiseccular concepción de la justicia, entendida como la constante y firme voluntad de dar a cada uno lo suyo, lleva a que se considere adecuado en derecho que quien, con su trabajo innovador, empresarial o personal, descubre algo diferente, pueda apropiarse de alguna forma de ello. Y cuando estos principios se han incardinado en las leyes y en la doctrina jurisprudencial, sus efectos y estímulos sobre el desarrollo económico

de aquellas regiones y naciones que lo hicieron así se dejaron sentir rápidamente y con resultados duraderos en el bienestar y el mejor hacer de las gentes.

3. Buscando el justo equilibrio dinámico entre estos principios, para que el estímulo desorbitado de las acciones empresariales concertadas no perturbe la función social de la competencia y el interés público, mientras el artículo 1 de la LDC prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, el artículo 3.1 de la misma Ley prevé que se puedan autorizar determinados acuerdos, decisiones o recomendaciones de los declarados 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 siempre que, simultáneamente: a) permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas, b) no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquéllos y c) no consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

4. La mayor parte de las cláusulas del Contrato de Concesionario Autorizado presentado por Cosmeparf para su autorización, y de las Condiciones Generales de Venta a él unido, tal y como acertadamente expone el Servicio en su informe, cumple con los tres principios exigidos por el Tribunal y la Comisión Europea: principio de necesidad (según el cual los criterios objetivos aplicados deben ser de carácter únicamente cualitativo y responder a la naturaleza de los productos de que se trate para conseguir una adecuada distribución); principio de proporcionalidad (que no se pueden imponer exigencias desproporcionadas en relación al objetivo perseguido, que no es otro que el de lograr un comercio especializado eficiente y que garantice la venta de los productos en condiciones óptimas) y principio de no discriminación (los criterios de selección han de aplicarse sin discriminaciones y de igual modo para todos los revendedores).

Cabe considerar, efectivamente: que este sistema de distribución selectiva se justifica por la necesidad del fabricante de asegurarse el prestigio de una marca, al tratarse de productos de alta calidad, resultado de una determinada investigación y donde ocupa un lugar destacado la esmerada presentación; que en estos casos es adecuado controlar que la comercialización al por menor se realice de un modo que no altere la percepción que el consumidor tiene de la marca; que el sector de los cosméticos en general se caracteriza por la presencia de grandes empresas multinacionales que integran a un gran número de empresas junto a las que coexisten pequeñas empresas muy especializadas. En el segmento de productos cosméticos de lujo se siguen normalmente las pautas de la distribución selectiva, con un alto grado de competencia dada la existencia de un elevado número de oferentes.

El sistema de distribución propuesto con este contrato tipo no implica exclusividad, no conlleva reparto de mercados y no impide el acceso de nuevos distribuidores o de nuevas marcas, ni suprime la competencia intramarca. Tampoco prohíbe, sino que exige, la coexistencia con otras marcas de prestigio en los puntos de venta. Se da libertad a los distribuidores para fijar los precios al público sin imponer un precio común de reventa.

Por ello, podríamos considerar que no se incurre en conducta prohibida por el artículo 1 en la mayoría de los puntos del contrato según lo indicado en el artículo 3.1 citado anteriormente.

5. Sin embargo, tal y como, también correctamente, analiza e interpreta el Servicio, las cláusulas citadas en el número 5 de los



**SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA**

Antecedentes de Hecho, al abrir la posibilidad de que se impongan restricciones adicionales a las empresas interesadas no indispensables para la consecución de la mejora en la comercialización, se requiere la autorización singular del TDC, según el artículo 4 de la LDC.

A estas cláusulas restrictivas se les puede aplicar, también en sintonía con lo explicado anteriormente, lo manifestado por el TDC en el mismo expediente 380/96 que permite, respecto a condiciones similares, concentrar la distribución en los puntos de venta más competitivos para conseguir racionalizar los costes de distribución y los apoyos a los detallistas autorizados. Así, éstos contribuirán activamente a revalorizar la marca mediante un mayor servicio al consumidor, por lo que contribuye a aumentar la eficiencia en la distribución. Por otra parte, dicho volumen mínimo de compras tiene un límite superior que puede considerarse razonable, por lo que no restringe excesivamente la libertad del detallista autorizado de vender o promocionar marcas de la competencia. Asimismo, el mantenimiento de un stock mínimo por punto de ventas supone que los consumidores siempre pueden encontrar en cada uno de ellos una amplia gama de los productos comercializados con lo que se facilita su compra. Y, además, el garantizar una rotación anual del stock (con la aplicación de un coeficiente de rotación mínima de dos), además de ser en ciertos casos necesario para disponer de aquellos productos que se cambian con relativa rapidez para seguir las tendencias de la moda, facilita el que los productos se vendan en perfecto estado de conservación. Por último, las obligaciones en materia de cooperación publicitaria y promocional suponen compromisos genéricos con las marcas comercializadas, y posibilitan el coordinar los gastos promocionales del licenciatario y de los detallistas autorizados, en beneficio de ambos, además de permitir una mejor planificación de las campañas publicitarias.



SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

6. En el presente contrato tipo de distribución selectiva de Cosmeparf en el mercado español de productos cosméticos de lujo, se incluyen varias cláusulas reseñadas en el Antecedente de Hecho número 5 que suponen infracción del artículo 1 de la LDC, pero que el Tribunal entiende que reúne los requisitos exigidos por el artículo 3.1 de la LDC para ser autorizado porque contribuye a mejorar su comercialización, permite a los consumidores participar de las ventajas del sistema, no impone restricciones innecesarias y no consiente la eliminación sustancial de la competencia en el mercado. Únicamente la indefinición del volumen de compras mínimo anual que podría tener efectos discriminatorios impediría su concesión: por lo tanto dicha autorización se entiende concedida una vez que se ha subsanado y rectificado el párrafo 3.º del apartado 2 del artículo II de las Condiciones Generales de Venta que quedaría redactado de la siguiente manera: «2. *Volumen Mínimo de Ventas y de Stock por Puntos de Venta:* (...)»

El total de la compra mínima anual es igual al 60 por 100 del promedio total de compras durante el año finalizado por los Puntos de Venta Acreditados de Parfums Gucci. (...)».

Entiende el Tribunal, además, que dicho porcentaje del 60 por 100 podría variar de forma homogénea cada año a la baja pero nunca al alza.

En consecuencia, entiende el Tribunal que procede conceder la autorización singular por cinco años, quedando sujeta a la condición expresada y al régimen general que prevé el artículo 4 de la LDC.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia,

HA RESUELTO

Primero: Conceder una autorización singular para el contrato tipo de distribución selectiva de productos cosméticos de lujo en

el mercado español solicitada por Cosmeparf, S.A., contrato que figura en el expediente del Servicio en los folios 10 a 25 pero rectificando el párrafo 3.º del apartado 2 del artículo II de las Condiciones Generales de Venta de acuerdo con lo indicado en el Fundamento de Derecho número 6: «2. *Volumen Mínimo de Ventas y de Stock por Puntos de Venta:* (...)»

El total de la compra mínima anual es igual al 60 por 100 del promedio total de compras durante el año finalizado por los Puntos de Venta Acreditados de Parfums Gucci. (...)».

La autorización se concede por un período de cinco años a contar desde la fecha de esta Resolución y queda sujeta a dicha rectificación y a las condiciones que establece el artículo 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Segundo: Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia que vigile el cumplimiento de lo dispuesto en esta Resolución y que proceda a inscribir en el Registro de Defensa de la Competencia el contrato tipo que se autoriza, del que se remitirá copia al referido Servicio.

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 contar de su notificación. ■

(Expte. A 96/94. Morosos Fabricantes Yeso)

■ En Madrid, a 14 de julio de 1999

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores expresados al margen y siendo Ponente el Vocal Don Miguel Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 96/94 (1128/94 del Servicio de Defensa de la Competencia), de prórroga de la autorización para el establecimiento de un registro de morosos, concedida a la Asociación Técnica y Empresarial del Yeso por Resolución de 26 de septiembre de 1994.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 26 de septiembre de 1994 el Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal) concedió una autorización por un plazo de cinco años a la Asociación Técnica y Empresarial del Yeso para la puesta en funcionamiento de un registro de morosos.

2. El Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio), en el ejercicio de sus funciones de vigilancia del expediente, ha podido comprobar que se cumplía en todos sus términos la Resolución del Tribunal.

3. El 20 de mayo de 1999 la Asociación solicitó la prórroga de la autorización concedida.

4. Con fecha 21 de junio de 1999 el Servicio informó favorablemente sobre la prórroga de la autorización.

5. El Pleno del Tribunal, en su sesión del día 13 de julio de 1999, adoptó su decisión sobre el expediente, encargando al Ponente la redacción de la correspondiente Resolución.

6. Se considera interesada a la Asociación Técnica y Empresarial del Yeso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El artículo 4.3 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que «la autorización será renovada a petición de los interesados si, a juicio del Tribunal, persisten las circunstancias que la motivaron».

Tal es el caso y así lo ha apreciado el Servicio tras realizar las correspondientes investigaciones sobre el grado de cumplimiento de la Resolución de autorización y los efectos de la misma sobre la competencia en el mercado, verificando que, en la práctica, dicho registro funciona con eficacia y con respeto a los principios de libertad de participación, reciprocidad en el intercambio de información, objetividad de la misma, actualización de datos, libertad para la política comercial de cada empresa y derecho de acceso.

2. En consecuencia, el Tribunal considera que procede prorrogar la autorización concedida por Resolución de 26 de septiembre de 1994 a la Asociación Técnica y Empresarial del Yeso para el establecimiento y funcionamiento de un registro de morosos por Resolución de 26 de septiembre de 1994.

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

HA RESUELTO

Primero. Prorrogar por un nuevo período de cinco años la autorización singular concedida a la Asociación Técnica y Empresarial del Yeso para el establecimiento y funcionamiento de un registro de morosos por Resolución de 26 de septiembre de 1994.

Segundo. El plazo comenzará a contar a partir del fin de la autorización anterior.

Tercero. Ordenar la inscripción de esta Resolución en el Registro de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndose 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 contar de su notificación. ■

(Expte. MC 30/99. Glaxo 2)

■ Madrid, 19 de julio de 1999

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal, TDC), con la composición expresada arriba y siendo Ponente el Vocal Señor PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente MC 30/99 (número 1789/98 del Servicio de Defensa de la Competencia: Servicio, SDC), de medidas cautelares propuestas por el SDC, a instancia de la Asociación de Exportadores Españoles de Productos Farmacéuticos (ASEPROFAR) y la empresa Spain Pharma, S.A. (SPAIN PHARMA) en el curso del expediente sancionador que se sigue contra la empresa GLAXO WELLCOME, S.A. (GLAXO) por presuntas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC) y el Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCE).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 6 de abril de 1998 ASEPROFAR y la Asociación de Empresarios de Cooperativas Farmacéuticas (ASECOFARMA)

denunciaron ante el Servicio a la empresa GLAXO por supuestas conductas contrarias a los artículos 85 TCE y 7 LDC, en conexión con el 16.2 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD), y solicitaron la adopción de medidas cautelares. El 21 de abril de 1998 ASEPROFAR amplió la denuncia imputando a GLAXO y a la empresa COFARES, un acuerdo o práctica concertada contraria al artículo 1 LDC, añadiendo nuevas propuestas de medidas cautelares.

2. Por Providencia de 22 de abril de 1998 el Servicio acordó la incoación de expediente sancionador por prácticas prohibidas por los artículos 1 y 7 LDC y 85.1 TCE, entendiéndose las actuaciones con GLAXO y COFARES, así como con cualquier persona o entidad que pudiera aparecer vinculada con los hechos imputados.

Las conductas imputadas habían sido las siguientes:

a) Establecer en las condiciones generales de venta dos listas de precios distintos según las especialidades farmacéuticas se destinen a la distribución en España o a la exportación (cláusula 4.ª).

b) Negar suministros de sus productos a los distribuidores mayoristas que no acepten las condiciones generales.

c) Favorecer a COFARES entregándole productos en cantidad suficiente y a precio nacional, que es muy inferior al de exportación, no sólo para abastecer a los clientes propios y a los de los distribuidores que no firmen las condiciones generales, sino también para realizar exportaciones.

3. Por Acuerdo de 14 de julio de 1998, el Servicio propuso al Tribunal la adopción de la siguiente medida cautelar:

Que se ordene a GLAXO WELLCOME, S.A. y a sus filiales que, durante seis meses, garanticen a todos los distribuidores de especialidades farmacéuticas con los que mantenían relaciones comerciales antes del envío de las nuevas Condiciones Generales de Venta, el suministro de sus pedidos, hasta un máximo de la media mensual suministrada a cada distribuidor durante los últimos veinticuatro meses.

El Servicio, aun habiendo sido solicitada la medida a instancia de parte, estimó que no se debía imponer fianza a los solicitantes, por considerarla una medida puramente conservativa no causante de ningún daño a GLAXO.

Las medidas cautelares propuestas en los escritos de denuncia habían sido las siguientes:

PRIMERA: Que se prohíba a GLAXO WELLCOME, S.A. y a sus empresas afiliadas supeditar la continuación del suministro a la firma de acuerdo alguno sin el previo acuerdo del TDC.

SEGUNDA: Que se envíe carta a aquellos distribuidores que hayan suscrito el compromiso informándoles de su derecho a rescindirle sin que de ello se derive consecuencia alguna.

TERCERA: Que se obligue a GLAXO WELLCOME, S.A. y a sus filiales a un suministro que debe ser de una cantidad mensual no inferior a la media de la cantidad mensual suministrada a cada distribuidor durante los últimos veinticuatro meses, sin que ello se condicione a la firma de compromiso alguno.

4. El 24 de julio SPAIN PHARMA solicitó personarse en el expediente, considerando acreditado un interés directo y legítimo en el mismo y se adhirió a la propuesta de medidas cautelares formulada por el Servicio.

5. El 16 de octubre de 1998 el Tribunal dictó Resolución en el expediente de medidas cautelares incoado al efecto (MC 29/98) en la que acordó lo siguiente:



**SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA**

1. Adoptar la medida cautelar consistente en suspender, durante un período de seis meses, la aplicación de la condición 4.ª de las condiciones generales de venta de GLAXO WELLCOME, S.A. y sus compañías filiales WELLCOME FARMACEUTICA, S.A., ALLEN FARMACEUTICA, S.A. y DUNCAN FARMACEUTICA, S.A. remitidas el 6 de marzo de 1998 por la Dirección Comercial de la primera de las citadas a los almacenes mayoristas autorizados para la compra de especialidades farmacéuticas.

2. Imponer a la Asociación de Exportadores Españoles de Productos Farmacéuticos, a la Asociación Empresarios de Cooperativas Farmacéuticas y a SPAIN PHARMA, S.A. una fianza solidaria de 600 millones de pesetas para el supuesto de que el contenido de la medida cautelar que se adopta en el número anterior no tuviera acogida en la Resolución definitiva del Exponente.

Dicha fianza deberá ser instrumentada en aval bancario incondicional y a primer requerimiento de este Tribunal, intervenido por fedatario público o ratificado por sus otorgantes.

3. Imponer, en su caso, a GLAXO WELLCOME, S.A. y a sus filiales mencionadas en el apartado 1 anterior una multa coercitiva de 150.000 pesetas por cada servicio de pedidos de especialidades farmacéuticas que incumpla la medida adoptada en dicho apartado 1.

4. Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia una especial vigilancia del cumplimiento de la presente Resolución.

6. Mediante Providencia de 23 de diciembre de 1998, que terminó de comunicarse a las partes el 6 de enero de 1999, el Tribunal declaró bastante el aval al que hace referencia el punto 2 de la transcrita parte dispositiva de la Resolución.

7. El 2 de junio de 1999 tiene entrada en el Servicio un escrito de ASEPROFAR mediante el que solicita una prórroga de las medidas cautelares concedidas por el Tribunal, así como la no imposición de aval. SPAIN PHARMA, por su parte, mediante escrito que tuvo entrada en el Servicio el 18 de junio de 1999, solicita que se propongan al Tribunal las siguientes medidas cautelares:

1.º Obligación del grupo Glaxo de suministrar plenamente todos y cada uno de los pedidos mensuales que SPAIN PHARMA le efectúe durante los seis meses de vigencia de la medida cautelar al único precio legal establecido.

2.º No se imponga esta vez a SPAIN PHARMA la constitución previa de una fianza dado que la medida que se solicita es meramente conservativa y beneficia por igual a todos los mayoristas españoles, denunciados o no, por lo que se plantea la desigualdad entre los mismos.

3.º Subsidiariamente que, de imponerse una fianza instrumentada mediante aval bancario incondicional, ésta sea de carácter individual para Spain Pharma y su cuantía sea idéntica al precio total de los pedidos que Spain Pharma piensa formular al grupo Glaxo durante los seis meses de vigencia de la citada medida y que se otorgue a Spain Pharma el plazo de un mes para constituir y presentar dicho aval ante el TDC, con indicación expresa de que la medida cautelar iniciará su vigencia en el momento en que dicho aval esté presentado y aceptado por el TDC.

4.º Se impongan al grupo Glaxo unas multas coercitivas atendiendo al volumen de negocio y los beneficios que dicho grupo ha obtenido en 1998 y que dicha multa se imponga por cada unidad de producto no servida en un período máximo de quince días desde la recepción del pedido.

8. El 1 de julio de 1999 tiene entrada en el TDC un escrito del Servicio notificando un Acuerdo de 29 de junio de 1999 en el que, en virtud de las facultades que se le reconocen en el artículo 45.1 LDC, el SDC propone al Tribunal la adopción de las medidas cautelares que seguidamente se detallan, después de haber discutido las peticiones de ASEPROFAR y SPAIN PHARMA y de tener en cuenta que está próximo el vencimiento de las todavía vigentes, así como que, según su criterio, se siguen dando el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* que aconsejaron las primeras. Las nuevas medidas cautelares propuestas por el Servicio son las siguientes:

1) Suspender, durante un nuevo período de seis meses, la aplicación de la condición 4.ª de las condiciones generales de venta de GLAXO WELLCOME, S.A. y sus compañías filiales WELLCOME FARMACEUTICA, S.A., ALLEN FARMACEUTICA, S.A. y DUNCAN FARMACEUTICA, S.A., remitidas el 6 de marzo de 1998 por la Dirección Comercial de la primera de las citadas empresas a los almacenes mayoristas autorizados para la compra de especialidades farmacéuticas. Esta medida coincide con la primera concedida por el TDC en su Resolución de 16 de octubre de 1998 y la solicitada por ASEPROFAR en su escrito de 2 de junio de 1999.

2) Ordenar a GLAXO WELLCOME, S.A. y a sus filiales que durante los seis meses de duración de las medidas cautelares garanticen el suministro de los pedidos, hasta un máximo de la media mensual suministrada a cada distribuidor durante los veinticuatro meses anteriores al establecimiento de la lista 4B y en los plazos de entrega que Glaxo tuviera pactados con los distribuidores.

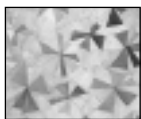
3) Imponer, en su caso, a GLAXO WELLCOME, S.A. y a sus filiales mencionadas en el apartado 1 anterior una multa coercitiva de 150.000 pesetas por cada servicio de pedidos de especialidades farmacéuticas que incumplan las medidas adoptadas en los apartados anteriores.

El Servicio considera que, aunque las medidas han sido solicitadas nuevamente a instancia de los interesados, y el TDC, conforme le faculta el artículo 45.1 LDC, podría exigir la prestación de fianza, no procede en este caso imponérsela a los solicitantes, dado el carácter, a su juicio, puramente conservativo de las medidas cautelares propuestas.

9. El 5 de julio de 1999 tiene entrada en el Tribunal un escrito de la representación de GLAXO mediante el que, habiéndosele notificado por el Servicio su propuesta de medidas cautelares, solicita que el trámite de audiencia previsto en el artículo 45.3 LDC se concrete en la celebración de una Vista en la fecha que estime oportuna el Tribunal.

10. El 6 de julio de 1999 el Pleno del Tribunal dicta Providencia en la que acuerda tramitar la propuesta del Servicio mediante el expediente número MC 30/99, se designa Ponente al Vocal Señor Pascual y Vicente y, visto el escrito de la representación de GLAXO y el artículo 45.3 LDC, acuerda procedente que el trámite previsto en dicho artículo se practique oyendo a los interesados mediante Vista que se celebrará el 14 de julio de 1999, a las 9,30 horas, en la sede de este Tribunal, quedando entretanto de manifiesto el expediente en la Secretaría para instrucción de las partes interesadas.

11. El 14 de julio de 1999 se celebró la Vista, conforme a lo establecido en la Providencia citada de 6 de junio. Intervinieron en la misma la representación del Servicio, así como las representaciones designadas por cada una de las partes. El Servicio mantuvo su propuesta y los representantes de las partes hicieron las alegaciones que estimaron favorables a los intereses de sus representados.



**SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA**

12. El Tribunal deliberó y falló el mismo día 14 de julio de 1999.

13. Son interesados:

- Glaxo Wellcome, S.A.
- Asociación de Exportadores Españoles de Productos Farmacéuticos.
- Asociación de Empresarios de Cooperativas Farmacéuticas.
- Spain Pharma, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. GLAXO, durante la Vista, ha rechazado la propuesta de medidas cautelares del Servicio por motivos de dos clases: unos, de tipo procesal, y otros, que se refieren al fondo del asunto.

En cuanto a los motivos de índole procesal, el primero es que, según GLAXO, resulta inadmisibles la propuesta del Servicio porque la misma implica una prórroga de las antiguas medidas cautelares, contra lo prescrito en el artículo 45.6 LDC según el TDC ha venido interpretando tradicionalmente dicho precepto. Esta opinión del letrado de GLAXO no puede ser compartida por este Tribunal, el cual considera que el Servicio ha analizado nuevamente las circunstancias del caso y, tras ese ejercicio, en parte alimentado por los resultados de su vigilancia sobre el cumplimiento de las primeras medidas cautelares, ha llegado a la conclusión de que persistían las circunstancias que aconsejaron la adopción de aquéllas. Y, por eso, propone unas nuevas medidas cautelares muy parecidas a las primeramente adoptadas.

2. Un segundo motivo de índole procesal alegado por GLAXO para oponerse a la propuesta del Servicio es que no cabe la adopción de medidas cautelares en el momento actual, en que el expediente principal se encuentra paralizado. Alega GLAXO que el 8 de febrero de 1999, durante el plazo de vigencia de las primeras medidas cautelares, el Servicio decidió interrumpir el procedimiento principal hasta conocer las intenciones de la Comisión Europea en relación con otras denuncias y una posible exención del artículo 85.3 TCE solicitada por la denunciada. Y que, con el procedimiento interrumpido, no es posible que el Servicio pudiera apreciar la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de las medidas cautelares que ahora propone. No comparte el Tribunal estos criterios del letrado de GLAXO: en primer lugar, porque es difícilmente sostenible que la paralización se produjera por causa imputable a la Administración cuando, más bien, trae causa de la solicitud de exención que el denunciado presenta ante la Comisión Europea, que aconseja al Servicio la prudente decisión paralizadora. Pero es que, además, el hecho de paralizar el expediente principal no impide que la vigilancia de las primeras medidas cautelares a que está obligado el Servicio arroje permanentemente luz sobre las circunstancias del caso, luz que permite al Servicio formarse un juicio sobre lo que está ocurriendo: con la vigilancia en vigor, la capacidad del Servicio para percibir y razonar sobre las circunstancias del caso se mantienen intactas, aunque el expediente principal esté paralizado.

3. Para examinar el fondo del asunto conviene hacer previamente unas consideraciones sobre el instituto de las medidas cautelares.

La función de las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico es asegurar la ejecución y efectividad de la resolución que haya de dictarse en un procedimiento. Por lo que se refiere al Derecho español de la competencia, la LDC establece las *medidas cautelares* en su artículo 45 y confía su adopción al Tribunal de Defensa de la Competencia.

Dicho artículo 45 contiene una sumaria disciplina de estas medidas «*tendientes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte*» explicitando algunas concretas (apartados a y b), con carácter ejemplificativo y no limitativo, aunque, en cualquier caso, con el límite de que no puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o impliquen violación de derechos fundamentales (artículo 45.2).

En el mismo precepto se contemplan sus presupuestos y requisitos. Como *requisitos subjetivos* se señalan:

a) Que se soliciten por el Servicio de Defensa de la Competencia (artículo 45.1) como legitimado directo, aunque también se legitima con carácter indirecto a los interesados, que podrán instar del Servicio la petición de medidas cautelares, e incluso plantearlas ante el TDC por vía de recurso si la negativa del Servicio causa indefensión (artículo 47). El artículo 45.b), en su párrafo 2.º, habilita al TDC para poder exigir la prestación de fianza a los solicitantes y así responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar.

b) Que se propongan al Tribunal de Defensa de la Competencia, único órgano competente en vía administrativa para resolver sobre su pertinencia.

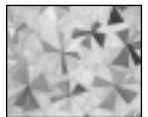
En cuanto al *requisito objetivo* exigido, éste es que las medidas cautelares resulten necesarias para asegurar la eficacia de la Resolución que en su momento se dicte o, lo que es lo mismo, que eviten que, de esperarse a la Resolución definitiva sin adoptar medida cautelar, aquélla resultare totalmente ineficaz o se viere sensiblemente disminuida en su eficacia.

Por lo que se refiere a los *requisitos formales*, éstos son: a) Sujeción al principio de celeridad, ya que el Tribunal ha de decidir en el plazo de tres días, siguiente al de la audiencia de los interesados en término de cinco días (artículo 45.3). b) Limitación de su extensión en el tiempo ya que, en principio, no podrán exceder de seis meses (artículo 45.6), aunque la última referencia del mismo párrafo a que cesarán en todo caso cuando se ejecute la Resolución del Tribunal, en relación con la facultad que se establece en el apartado 5 del mismo precepto, en favor del Servicio para que pueda en cualquier momento del expediente proponer su suspensión, modificación o revocación en virtud de circunstancias sobrevenidas, hace entrever el que puedan volver a adoptarse las mismas medidas atendiendo a circunstancias posteriores.

Por otra parte, la injerencia que puede producir la adopción de una medida cautelar en la esfera del sujeto pasivo impide que aquélla pueda adoptarse en base a una petición pura y simple, por lo que habrá de tenerse presente la concurrencia de los requisitos establecidos y, en todo caso, los principios informadores de la protección cautelar, unánimemente reconocidos por la doctrina, que son el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) en las medidas cautelares se sitúa en una zona intermedia entre la certeza que se establecerá en la Resolución final y la incertidumbre inicial de cualquier procedimiento, de tal forma que para su adopción baste una apariencia fundada en la verdad del derecho alegado, lo que, no obstante, exigirá la determinación de la situación jurídica cautelar y el grado de demostración necesario y suficiente. La situación jurídica cautelar se corresponderá aquí con el logro del objetivo específico de la Ley de Defensa de la Competencia, de «*garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público...*» (Exposición de Motivos de la LDC), evitando acuerdos y prácticas contrarias a la competencia en el mercado, tal como éstas se tipifican en la legislación aplicable. En cuanto al «*grado de demostración necesario y suficientes*» para la procedencia de las medidas, debe resolverse en términos de verosimilitud, referida aquí al acto concurrencial contrario a la libre competencia.

Por lo que se refiere al peligro en la demora (*periculum in*



SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

mora), éste vendrá configurado por sus dos elementos: el peligro de infructuosidad y el peligro de tardanza. La especificación de medidas que con carácter preferente señalan los apartados a) y b) del repetido artículo 45 LDC, aunque no limitativas, según quedó antes precisado, ponen de relieve la preocupación del legislador por la protección no sólo del interés público en el ejercicio de la competencia, sino también el de intereses privados, en tanto en cuanto estos resulten afectados. Así, el artículo 45.b) concreta como medida cautelar la exigencia de fianza para responder de la indemnización de daños y perjuicios que se pudieran causar.

4. El Tribunal de Defensa de la Competencia, según doctrina ya consolidada, considera, así, que, para que proceda la adopción de medidas cautelares, deberán concurrir los siguientes requisitos: a) que se haya incoado el correspondiente expediente sancionador por el SDC (*principio de accesoriadad* respecto del expediente principal); b) que exista una solicitud del Servicio, de oficio o a instancia de parte; c) que se dé audiencia a los interesados (*principio de contradicción*); d) que se aprecie apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); e) que exista peligro de que pierda eficacia la Resolución final si no se adopta la medida (*periculum in mora*); f) que se adopten en un plazo muy breve y con simplificación de trámites (procedimiento sumario y de urgencia); g) que las medidas que se adopten no ocasionen perjuicios irreparables a las partes ni se violen derechos fundamentales y que, además, exista la posibilidad de solicitar fianza a la parte solicitante de las mismas; y h) que el tiempo por el que se concedan las medidas cautelares no exceda de seis meses. (V. por ejemplo, *Resols. MC 14/96*, 16 de julio de 1996; *MC 11/96*, 29 de julio de 1996; *MC 10/96*, 18 de julio de 1996).

5. Es con el telón de fondo de estas consideraciones que van a ser discutidas las alegaciones de GLAXO sobre el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

Dice el letrado de GLAXO que hay que tomar en consideración que no concurre ahora el requisito del *fumus boni iuris* porque, con posterioridad a la adopción de las antiguas medidas cautelares por el Tribunal, se han producido las siguientes tres nuevas circunstancias:

1.ª) El reconocimiento por parte del Servicio de que es necesaria la coordinación con la DG IV de la Comisión Europea para continuar la tramitación del expediente, lo que implica la admisión por parte del Servicio de que ha dejado de haber apariencia de buen derecho al reconocer que se trata de una cuestión incierta y pendiente de resolver. Opina, así, el letrado de GLAXO que considerar que existe *fumus boni iuris* sobre la base de decisiones pasadas de la Comisión supondría una contradicción con la necesidad que ha manifestado el SDC de conocer cuáles son las intenciones de la Comisión acerca de la notificación de las condiciones generales de venta de GLAXO. Y recuerda el letrado que el Servicio no estaba obligado a solicitar el dictamen provisional de la Comisión, citando en su apoyo el punto 58 de la Comunicación 97/C 313/03 relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado. Y, concluye la representación letrada de GLAXO, si el Servicio ha decidido solicitar la cooperación con la DG IV es porque, en el momento actual, considera que las condiciones generales de venta de GLAXO podrían ser objeto de la exención individual solicitada por esta parte a la Comisión.

2.ª) El 30 de octubre de 1998 la DG IV envió una extensa solicitud de información a GLAXO, que esta parte aportó al presente expediente. Esta solicitud de información se formuló tras la invitación de la DG IV a Glaxo Wellcome a tener «un inter-

cambio informal de opiniones y de información» (carta de 10 de septiembre de 1998 de la DG IV a GLAXO) y pone de manifiesto que puede haberse producido un sustancial cambio del juicio provisional que la Comisión había emitido anteriormente, porque, deduce el letrado, si la Comisión estimara realmente que las condiciones de venta notificadas no pueden ser autorizadas, carecía de sentido que la DG IV solicitara a GLAXO información alguna con respecto al valor y volumen del comercio paralelo de los productos de GLAXO desde España al resto de Estados miembros y desde todos los Estados miembros hacia el Reino Unido, las revisiones de los precios fijados para estos productos por las autoridades sanitarias españolas, los precios de estos productos en su fecha de primera comercialización en España y en el Reino Unido, o acerca de si estos productos se encuentran protegidos por derechos de propiedad industrial en España y el Reino Unido. GLAXO puso en conocimiento del SDC esta circunstancia el pasado 14 de enero de 1999. Tres semanas después (8 de febrero de 1999), el SDC decidió interrumpir el plazo de instrucción del presente expediente y solicitar la cooperación con la DG IV.

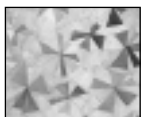
3.ª) El 22 de enero de 1999, la DG IV envió una nueva solicitud de información a GLAXO, en la que le solicitaba más datos relativos, entre otras cuestiones, al valor y el volumen de las importaciones paralelas procedentes de España y otros países de la Comunidad a los demás Estados miembros entre el 1 de enero de 1996 y el 31 de diciembre de 1998, y carecía de sentido que la DG IV solicitara este tipo de información a GLAXO si estimara realmente que las condiciones de venta de esta compañía no pueden ser autorizadas.

Finalmente, GLAXO rechaza que puede apreciarse un *fumus boni iuris* de Derecho nacional. En primer lugar, porque, como ya ha sostenido en la tramitación del expediente principal, las condiciones generales de venta de GLAXO, de tener alguna incidencia, sería estrictamente comunitaria, no nacional. Y, en segundo lugar, porque la apreciación de una supuesta infracción del Derecho nacional de la competencia se encuentra íntimamente vinculada a la decisión que la DG IV adopte acerca de la compatibilidad con el artículo 85 de las condiciones de venta de GLAXO.

Este Tribunal quiere dejar constancia de que no comparte las conclusiones que GLAXO saca de las circunstancias descritas y rechaza su consideración final.

Respecto de la primera circunstancia, porque no resulta en absoluto evidente que la prudente decisión del Servicio de «coordinar con la DG IV» implique admitir que ha dejado de haber apariencia de buen derecho y suponga «reconocer que se trata de una cuestión incierta y pendiente de resolver». Claro que se trata de una cuestión incierta y pendiente de resolver, por eso se está en un expediente de medidas cautelares. Ya de dijo antes (FD 3) que el *fumus boni iuris* en las medidas cautelares se sitúa en una zona intermedia entre la certeza que se establecerá en la Resolución final y la incertidumbre inicial de cualquier procedimiento, de tal forma que para su adopción ha de bastar una apariencia fundada en la verdad del derecho alegado.

En relación con las circunstancias segunda y tercera, esgrimidas por el letrado de GLAXO, el Tribunal estima que de la petición de información a GLAXO por parte de la Comisión no cabe obtener las interesadas conclusiones que, para la conveniencia de su representada, saca el letrado representante de la denunciada. De la información solicitada por la Comisión se deduce claramente que ésta quiere hacerse una idea del tamaño del ciertas corrientes de comercio paralelo de medicamentos en Europa y también cabe pensar, aunque es más aventurado, que la Comisión esté reflexionando sobre si los principios que deben inspirar el comercio paralelo, han de predicarse igual de los productos cuyos precios se fijan libremente que de los productos cuyos precios son fijados administrativamente por las diferentes autoridades nacionales. Pero, en las conjeturas, no cabe pasar de ahí.



SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

Por lo que se refiere a la conclusión que GLAXO saca al poner en relación el *fumus boni iuris* del Derecho español y del Derecho europeo, aunque el Tribunal pudiera compartirla parcialmente, eso no alteraría la general apariencia de buen derecho que el Servicio estima se sigue dando y que el Tribunal comparte, aunque quiere llamar la atención sobre que no es un asunto cerrado el que está en el fondo del expediente principal, como es normal en un expediente de medidas cautelares. Y porque no es un asunto aún resuelto, aunque admite que la confrontación de la práctica denunciada con la literalidad de la norma da lugar a una apariencia de transgresión (expresión del necesario *fumus boni iuris* para dictar medidas cautelares), como no tiene aún certeza de cuál será su pronunciamiento definitivo, al admitir que, si hay discordancia entre la apariencia de hoy y la realidad que se declare en la Resolución del expediente principal, podría causarse un daño injusto para uno y un enriquecimiento ilegítimo para otros, es por lo que, ya en las primeras medidas cautelares que este Tribunal acordó, impuso una fianza solidaria a los solicitantes.

6. GLAXO en la Vista procuró desvirtuar la pretensión del Servicio sobre la vigencia del *periculum in mora* mediante las siguientes dos alegaciones:

1.ª) Después de la adopción por el Tribunal de las primeras medidas cautelares se ha producido una nueva circunstancia que pone de manifiesto la ausencia de *periculum in mora*. Esta circunstancia es la enorme tardanza en el depósito por los mayoristas de la fianza que fijó en su Resolución el Tribunal. Si había tanto peligro, ¿por qué la tardanza?

2.ª) La Comisión Europea no ha adoptado ninguna medida cautelar contra GLAXO durante los dieciséis meses que han transcurrido desde la notificación de los acuerdos. De haber apreciado un auténtico *periculum in mora*, la Comisión podría haber invitado a Glaxo Wellcome a abandonar el presente sistema mediante una simple retirada de inmunidad de multas.

El Tribunal, apreciando el ingenio que reflejan sendas alegaciones, no puede compartir las conclusiones que se pretenden sacar de las mismas. Ninguno de los hechos que se relatan en las mismas son prueba, ni siquiera de indicios, de que ha dejado de haber *periculum in mora*. El Tribunal comparte las afirmaciones del Servicio al respecto.

Sobre el *periculum in mora*, la representación legal de GLAXO hizo una consideración final: debe tenerse presente, dijo, que en el único asunto en el que, en la Unión Europea, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado con carácter cautelar acerca de una supuesta restricción al comercio paralelo de medicamentos de precio intervenidos administrativamente (Auto del Presidente del TPI de 3 de junio de 1996, As. T-41/96R), se consideró que merecía una mayor protección cautelar el interés del laboratorio productor de no sufrir el injustificado comercio paralelo de sus especialidades desde España y Francia al Reino Unido que el interés de los mayoristas exportadores en mantener sus exportaciones. El Tribunal a este propósito debe decir que el paralelismo entre el presente caso y el citado es discutible, y reiterar que la protección cautelar del laboratorio, ya en las primeras medidas cautelares acordadas, la garantizó el Tribunal mediante la imposición de una fianza solidaria a los mayoristas denunciados.

7. Sobre si procede o no acordar fianza, el Servicio considera que no procede, aunque las medidas han sido solicitadas nuevamente a instancia de los interesados y, por tanto, el Tribunal, de conformidad con el artículo 45.1 LDC, podría exigir la prestación de la misma. Su argumentación es que las medidas propuestas tienen carácter puramente conservativo, al limitarse a restablecer la situación previa a la aparición de las Condiciones Generales de Venta de GLAXO de marzo de 1998 y, por consiguiente, no parece probable que puedan causar ningún daño a GLAXO.

ASECOFARMA y ASEPROFAR, por su parte, se manifestaron en la Vista también en contra de la imposición de fianza, alegando que la imposición de un aval como garantía de la suspensión de una conducta aparentemente ilícita, cuando está al tiempo afirmando que existe apariencia de buen derecho, resulta incongruente, o cuando menos un gesto de extraordinaria severidad por parte del Tribunal. Además, la imposición de garantía supone que los mayoristas tienen que soportar una carga financiera extraordinaria por llevar a cabo una actividad admitida y desarrollada hasta ese momento. Finalmente, añadió el letrado representante de ASECOFARMA y ASEPROFAR, se impuso a los denunciados una garantía solidaria, a ser prestada por las dos Asociaciones denunciadas y una empresa que se personó con posterioridad en el procedimiento de medidas cautelares. Con ello, se despreció la dificultad para que Asociaciones sin recursos económicos propios presten un aval en favor de sus asociados y se desconoció el añadido escollo de coordinar a los miembros de ambas Asociaciones entre sí y a éstos con una empresa tercera. Además, cada empresa asociada lleva a cabo su propia política comercial y los resultados de cada una de ellas guarda poca relación con las demás, por lo que el aval que prestasen no sólo respondería por las acciones comerciales de los demás asociados, sino por las de cualquier operador en el mercado que llevase a cabo exportaciones.

GLAXO, que reclama la no imposición de unas nuevas medidas cautelares, subsidiariamente invoca la necesidad del mantenimiento de la fianza. Recuerda en sus alegaciones que la fianza exigida por el Tribunal a los mayoristas en su Resolución de 16 de octubre de 1998 fue calculada objetivamente tomando en consideración los daños que GLAXO podía sufrir durante los seis meses en que las antiguas medidas cautelares estuvieron en vigor. Y añade que ninguna modificación se ha producido en las circunstancias que el Tribunal tomó en cuenta en su Resolución anterior para exigir la prestación de fianza. Concluye GLAXO manifestando que, de este modo, el daño que sufriría ella en caso de que fuera adoptada la medida cautelar propuesta, sería similar al ya sufrido durante los pasados seis meses, razón por la cual debe imponerse una nueva fianza de cuantía al menos igual a la fijada en la adopción de las antiguas medidas cautelares.

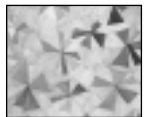
El Tribunal, en su Resolución de medidas cautelares de 16 de octubre de 1998, cuando consideraba la procedencia de imponer fianza, razonaba en estos términos:

Para adoptar esta decisión el Tribunal debe tener en cuenta la posibilidad razonable de que la medida adoptada pueda causar un daño y una valoración ponderada de los intereses en conflicto.

La suspensión cautelar de la cláusula 4 de las condiciones generales puede producir un perjuicio a GLAXO, si finalmente no se apreciara una conducta contraria al derecho de la competencia, pues habría tenido que suministrar parte de sus productos a los distribuidores mayoristas a un precio más bajo que el que resultaría de la aplicación de la condición 4B. Existe, por tanto, una posibilidad razonable de que pueda producirse un perjuicio.

No obstante, al ponderar los intereses en conflicto, el posible perjuicio para GLAXO, de obtener una Resolución definitiva favorable, debe ceder ante la adopción de la medida cautelar consistente en suspender la aplicación de las condiciones generales de venta por un doble orden de razones.

En primer lugar, porque, como se ha señalado, su conducta, al menos indiciariamente, es contraria a las normas nacionales y comunitarias de defensa de la competencia, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse en favor de la adopción de la medida cautelar. En segundo lugar y en íntima conexión con este argumento, porque la cuantificación de los perjuicios que suponen para los distribuidores mayoristas la puesta en práctica de las nuevas condiciones generales de venta puede resultar imposible, mientras que los hipotéticos perjuicios que



SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

resultarían para GLAXO, comparativamente, son susceptibles de ser estimados.

Sin embargo, esta ponderación netamente favorable a la adopción de la medida cautelar no impide que los posibles perjuicios a GLAXO deban ser afianzados, máxime si se pretende que la adopción de la medida cautelar pueda ser ejecutiva con carácter inmediato.

Para la fijación de la fianza el Tribunal ha tenido en cuenta que las cifras globales de exportaciones aportadas al expediente coinciden sustancialmente.

Partiendo de su importe global en los doce meses anteriores a la puesta en práctica de las nuevas condiciones generales de venta, la estimación indicaría de los perjuicios de GLAXO debe realizarse por la diferencia que resultaría de restar al valor derivado de la aplicación del precio de la cláusula 4 B (precio para los productos que no se destinen al mercado nacional), el valor que suponga la aplicación de la cláusula 4 A (precio fijado por la Administración, para los productos destinados al mercado nacional), ya que éste será percibido por GLAXO aunque se aplique la medida cautelar.

GLAXO estima esta cifra en 1.683.687.000 pesetas. Contrastando los datos aportados al expediente resulta que GLAXO considera que se exportan algunas especialidades farmacéuticas que no tienen correspondencia, en ninguna forma de presentación, con los aportados por los operadores que exportan. Esta discordancia permite reducir el posible perjuicio en una cuantía que oscile en torno a los 80 millones de pesetas, con lo que resultaría un perjuicio del orden de 1.600 millones de pesetas en un año. Sin embargo, deben tenerse en cuenta dos circunstancias adicionales. Por una parte, que el período de protección cautelar previsto en la LDC es de seis meses, con lo que el perjuicio estimable debe reducirse a la mitad. Por otra, que los datos de exportaciones obtenidos lo han sido respecto de un período que no se corresponde con el inicio de la actividad exportadora, sino en el que dicha actividad ha alcanzado un cierto nivel de desarrollo. En este sentido, la aprobación de la medida cautelar permitirá a los distribuidores mayoristas volver a realizar exportaciones pero partiendo de niveles muy inferiores a los del período de doce meses respecto del que se han aportado datos, circunstancia que aconseja limitar el posible perjuicio.

Atendiendo al conjunto de razones expuestas, el Tribunal considera proporcionado fijar una fianza de 600 millones de pesetas. La fijación de la fianza se acuerda con carácter solidario, pudiendo prestarse mediante aval bancario incondicional y a primer requerimiento, intervenido por fedatario público o ratificado por sus otorgantes.

En las actuales circunstancias, las anteriores consideraciones del Tribunal siguen vigentes y dan respuesta a las posiciones contrarias al establecimiento de fianza que han mantenido tanto el Servicio como los interesados que así se han manifestado. El Tribunal considera, pues, que procede imponer una nueva fianza en las medidas cautelares que ahora se acuerden por el Tribunal, del mismo importe y características que la que se impuso con ocasión de las primeras medidas cautelares dictadas mediante Resolución de 16 de octubre de 1998.

8. En conclusión, el Tribunal estima que se dan todos los requisitos necesarios para acordar unas nuevas medidas cautelares en el expediente sancionador que se sigue contra GLAXO, y que procede acordarlas equivalentes a las que se dictaron mediante Resolución de este Tribunal de 16 de octubre de 1998.

Asimismo, el Tribunal considera que conviene aprovechar la experiencia obtenida por el Servicio en la vigilancia de las primeramente acordadas y dictar las segundas en términos acordes con esa experiencia.

Y, finalmente, es criterio del Tribunal que procede imponer una fianza a los interesados en las mismas de semejante tenor que la que rige para las primeras.

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

HA RESUELTO

Primero: Adoptar las siguientes medidas cautelares:

1.º Suspender, durante un nuevo período de seis meses, la aplicación de la condición 4.ª de las condiciones generales de venta de GLAXO WELLCOME, S.A. y sus compañías filiales WELLCOME FARMACEUTICA, S.A., ALLEN FARMACEUTICA, S.A. y DUNCAN FARMACEUTICA, S.A., remitidas el 6 de marzo de 1998 por la Dirección Comercial de la primera de las citadas empresas a los almacenes mayoristas autorizados para la compra de especialidades farmacéuticas.

2.º Ordenar a GLAXO WELLCOME, S.A. y a sus filiales que durante los seis meses de duración de las medidas cautelares garanticen el suministro de los pedidos, hasta un máximo de la media mensual suministrada a cada distribuidor durante los veinticuatro meses anteriores al establecimiento de la lista 4B y en los plazos de entrega que Glaxo tuviere pactados con los distribuidores.

Segundo: Imponer a la Asociación de Exportadores Españoles de Productos Farmacéuticos, a la Asociación Empresarios de Cooperativas Farmacéuticas y a SPAIN PHARMA, S.A. una fianza solidaria de 600 millones de pesetas para el supuesto de que el contenido de la medida cautelar que se adopta en el número anterior no tuviera acogida en la Resolución definitiva del Expediente. Dicha fianza deberá ser instrumentada en aval bancario incondicional y a primer requerimiento de este Tribunal, intervenido por fedatario público o ratificado por sus otorgantes.

Tercero: Establecer que las medidas cautelares entrarán en vigor el día siguiente al de la comunicación a las empresas afectadas de que la fianza solidaria impuesta ha sido declarada bastante por el Tribunal.

Cuarto: Imponer, en su caso, a GLAXO WELLCOME, S.A. y a sus filiales mencionadas una multa coercitiva de 150.000 pesetas por cada servicio de pedidos de especialidades farmacéuticas que incumplan las medidas adoptadas.

Quinto: Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia una especial vigilancia del cumplimiento de la presente Resolución.

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 contar desde el día siguiente al de su notificación. ■

(Expte. A 48/93. Morosos Construcción Tarragona)

■ En Madrid, a 8 de julio de 1999

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores expresados al margen y siendo Ponente el Vocal Don Miguel Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 48/93 (1999/99 del Servicio de Defensa de la Competencia) de renovación de autorización para la constitución de un Registro de Morosos, concedida a la Asociación GREMI DE COMERCIANTS DE MATERIALS DE CONSTRUCCIO DE LA PROVINCIA DE TARRAGONA por Resolución de 29 de julio de 1993.



**SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA**

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 29 de julio de 1993 el Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal) concedió una autorización, por un plazo de cinco años, a la Asociación Gremi de Comerciants de Materials de Construcció de la Provincia de Tarragona para establecer un sistema de control de morosidad.

2. El 11 de mayo de 1998 tuvo entrada en el Tribunal un escrito de la citada Asociación solicitando la renovación de la autorización singular concedida, del cual se dio traslado al Servicio con la misma fecha.

3. El 20 de julio de 1998 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia remitió un informe al Tribunal comunicándole que había detectado, por parte del Gremi, la incorrecta interpretación de las normas contenidas en el Reglamento de control de morosidad que no aconsejaban la concesión de prórroga, resultando procedente la instrucción del expediente de renovación previsto por el artículo 17 del Real Decreto 157/1992.

4. El 14 de mayo de 1999 tuvo entrada en la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia un Auto del Tribunal, de 7 de mayo de 1999, en el que resolvía interesar del Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio) la incoación de expediente de renovación de la autorización concedida al Gremi.

5. Mediante Providencia de 18 de mayo, del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, se acordó la incoación del expediente, que quedó registrado con el número 1999/99. Del citado Acuerdo se dio traslado al solicitante.

6. Por Providencia de 18 de mayo el Servicio dispuso la publicación de una nota extracto, a efectos del trámite de información pública; lo cual se hizo mediante publicación de un aviso en el BOE, número 125, de 26 de mayo de 1999.

7. Con fecha 20 de mayo se solicitó al Instituto Nacional de Consumo el preceptivo informe del Consejo de Consumidores y Usuarios.

8. El Servicio instó del Gremi, de conformidad con lo previsto por el Tribunal en su Auto de 7 de mayo, la modificación de las normas que rigen el funcionamiento del registro y que eran las referidas en el informe de vigilancia del Servicio, en concreto:

Modificar la formulación del principio de voluntariedad de adhesión al sistema de control de morosidad de manera inequívoca, sin que se produzca la actual confusión entre dicho principio y la obligación de los asociados que se adhieran, de ceder la totalidad de los datos sobre morosidad, con reciprocidad y sin discriminar entre deudores.

9. Por escrito recibido el 4 de junio de 1999 el Gremi remitió al Servicio el nuevo Reglamento de Régimen Interno regulador del Control de Morosidad.

10. Si bien en el mismo se insistía en el carácter voluntario de la adhesión al Registro por parte de los asociados, no quedaba claro que se fueran a respetar los principios de reciprocidad y de compromiso de la totalidad de la información de morosidad por parte de los mismos; por lo que se comunicó al Gremi la posible interpretación que cabía de la nueva redacción y éste remitió una nueva versión del Reglamento en el que ya queda claramente establecida la obligación de los participantes de suministrar la totalidad de su información de morosidad.

11. Con fecha 16 de junio de 1999 el Servicio remitió el expediente al Tribunal, informando favorablemente la renovación de la autorización concedida al Gremi.

12. El Pleno del Tribunal, en su sesión del día 29 de junio de 1999, adoptó una decisión sobre el expediente, encargando al Ponente la redacción de la correspondiente Resolución.

13. Se considera interesado al Gremi de Comerciants de Materials de Construcció de la Provincia de Tarragona.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico. El artículo 4.3 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que la autorización será renovada a petición de los interesados si, a juicio del Tribunal, persisten las circunstancias que la motivaron, una vez oídos los interesados y el Servicio de Defensa de la Competencia. A la vista de la solicitud de prórroga del Gremi de Comerciants de Materials de Construcció de la Provincia de Tarragona, y del informe favorable del Servicio ante la nueva versión del Reglamento de Registro de morosos; constatada, además, la persistencia de las condiciones que aconsejaron la autorización inicial, el Tribunal considera que procede renovar la autorización concedida por Resolución de 29 de julio de 1993, por un nuevo plazo de cinco años a partir de la terminación del anterior.

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

HA RESUELTO

Primero. Renovar, por un nuevo período de cinco años, la autorización singular concedida al Gremi de Comerciants de Materials de Construcció de la Provincia de Tarragona para el establecimiento y funcionamiento de un registro de morosos, por Resolución de 29 de julio de 1993, con las modificaciones en su Reglamento relativas al deber de suministrar a dicho registro la totalidad de la información de morosidad, contenidas en el nuevo texto aportado por los solicitantes ante el Servicio y que obra en el expediente de éste a los folios 94 y 95.

Segundo. El plazo comenzará a contar a partir del fin de la autorización anterior.

Tercero. Ordenar la inscripción de esta Resolución en el Registro de Defensa de la Competencia con remisión al Servicio de copia del nuevo Reglamento aportado por los solicitantes.

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 contar de su notificación. ■

(Exp. 436/ 98 Ganaderías de Lidia)

■ En Madrid, a 22 de julio de 1999

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Señor Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 436/98 (1437/96 del Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio, SDC) iniciado como consecuencia de la denuncia de Don José I. García Montero-Ríos, en nombre y representación de la Asociación



**S E C C I O N
ESTADÍSTICO-
INFORMATIVA**

Nacional de Ganaderías de Lidia (ANGL), contra la Unión de Criadores de Toros de Lidia (UCTL) por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE, del 18), de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en obligar, de acuerdo con distintos artículos de sus Estatutos, a mantener relaciones comerciales exclusivamente entre las ganaderías asociadas, limitando así la competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Servicio acordó llevar a cabo una información reservada, como diligencia previa a la incoación del correspondiente expediente, solicitando de la ANGL y de la UCTL, el 13 de septiembre de 1996, los Estatutos y la relación de miembros asociados, información que fue remitida por escrito de 26 de septiembre (folio 16) y 1 de octubre de 1996 (folio 643), respectivamente.

2. Por Providencia de 4 de octubre de 1996, de conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 3 del artículo 36 de la LDC, se incoó expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la LDC, contra la UCTL.

De dicha admisión a trámite y del escrito de denuncia se dio traslado a las partes, las cuales hicieron las correspondientes alegaciones.

3 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.1 de la LDC, el Servicio solicitó la siguiente información:

1) El 30 de octubre de 1996, al Coordinador de Asuntos Taurinos, sobre el número de ganaderías inscritas en el registro de Empresas Ganaderas de Reses de Lidia (folio 1168). La contestación fue recibida el 20 de noviembre (folio 1182).

2) El 30 de octubre de 1996, a la UCTL, sobre el contrato tipo de compraventa, plazas y empresarios declarados en entredicho en aplicación del artículo 17 de los Estatutos y número de expedientes iniciados por incumplimiento de los artículos 10 y 11 de los citados Estatutos (folio 1169). La contestación fue recibida el 13 de noviembre (folio 1171).

3) El 14 de noviembre de 1996, a la ANGL, sobre documentación que acreditase la negativa de compra de reses de sus ganaderías asociadas como consecuencia de los Estatutos y contrato de compraventa de la UCTL; número de ganaderías y asociaciones en el territorio nacional y número de corridas realizadas en 1995 y 1996 y en cuáles se lidiaron toros de la UCTL y de la ANGL (fiestejos mixtos) (folio 1181). La contestación fue recibida el 23 de diciembre (folio 1184).

4) El 13 de febrero de 1997, a la ANGL, con el fin de conocer en la relación de «fiestejos mixtos» de qué ganaderías se trataba y si los toros habían sido contratados como sobrereros o titulares (folio 1188). La contestación fue recibida el 5 de marzo (folio 1189).

5) El 12 de marzo de 1997, a las autoridades competentes en la materia de las distintas Comunidades Autónomas, sobre los expedientes de determinadas corridas celebradas en su territorio que, en principio, habrían sido mixtas, con el fin de comprobar tales hechos (folio 1194-1210).

Las contestaciones fueron enviadas en distintas fechas: La Rioja el 31 de marzo (folio 1278); Navarra el 3 de abril (folio 1308); Aragón el 4 de abril (folio 1327); Madrid el 7 de abril (folio 1366); Extremadura el 8 de abril (folio 1483); Junta de Andalucía el 17 de abril (folio 1587) y el 25 de abril (folio 1752); Cataluña el 21 de abril (folio 1650); Valencia el 25 de abril (folio 1663); Castilla y León el 27 de mayo (folio 1841) y Castilla La Mancha el 11 de junio (folio 1977).

6) El 30 de abril de 1997, a la Comisión Consultiva Nacional de Asuntos Taurinos, de acuerdo con los artículos 15 y 93 del Real Decreto 145/96, de 2 de febrero, por el que se modifica y da nueva redacción al Reglamento de Espectáculos Taurinos, sobre el porcentaje de corridas con picadores celebradas en todo el territorio nacional en las temporadas 1995 y 1996 en las que se han lidiado reses de distintas ganaderías (como titulares y no como sobrereros) en relación con el número total de corridas, efectos positivos y negativos de los Estatutos de la UCTL, por los que se prohibía a los asociados participar en corridas mixtas y vender o ceder reses y semen a ganaderías no encuadradas en ella (folio 1839). La contestación fue recibida el 12 de junio de 1997 (folio 2055).

4. Como consecuencia de la información recibida de las distintas Comunidades Autónomas, por Providencia de 9 de julio de 1997 se incoó de oficio expediente sancionador contra la UCTL, la ANGL, la Agrupación Española de Ganaderos de Reses Bravas (AEGRB) y Ganaderos de Lidia Unidos (GLU) por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la LDC y consistentes en la unificación de las condiciones comerciales de venta de reses de lidia para todos los asociados, expediente que se acumuló al ya incoado con el número 1437/96, en virtud del artículo 36.5 de la LDC (folio 2060).

De dicha Providencia se dio traslado a las partes, que hicieron sus correspondientes alegaciones.

5. Los hechos que se consideraron constitutivos de infracción se recogieron en el Pliego de Concreción de Hechos, formalizado el 16 de febrero de 1998 (folio 2763), y dirigido a UCTL, la ANGL, la Agrupación Española de Ganaderos de Reses Bravas (AEGRB) y Ganaderos de Lidia Unidos (GLU) por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la LDC.

6. Tras recibir y analizar las alegaciones de las Asociaciones mencionadas el Servicio remitió el expediente al Tribunal acompañado del informe preceptivo (artículo 37.3 LDC).

7. Por Providencia de 27 de julio de 1998, el Tribunal admitió a trámite el expediente y, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 40.1 LDC lo puso de manifiesto a los interesados, concediéndoles plazo para solicitar vista y proponer pruebas.

8. El 17 de diciembre de 1998, el Tribunal resolvió, mediante Auto, declarar pertinentes las pruebas propuestas por los interesados y conceder plazo a los interesados para valorarlas y para formular conclusiones.

9. ANGL, UCTL y GLU presentaron sus escritos de conclusiones los días 22, 25 y 26 de enero de 1999, respectivamente.

10. El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria de 6 de julio de 1999, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.

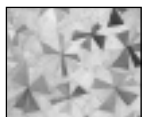
11. Son interesados:

- Unión de Criadores de Toros de Lidia
- Asociación Nacional de Ganaderías de Lidia
- Ganaderos de Lidia Unidos
- Agrupación Española de Ganaderos de Reses Bravas

HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera probados los siguientes hechos:

1. Las cuatro Asociaciones citadas son las únicas reconocidas para llevar la tenencia del Libro Genealógico de la Raza Bovina de Lidia, cuyas inscripciones tienen validez registral en el Registro de Empresas Ganaderas de Reses de Lidia.



S E C C I O N
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

En ningún espectáculo taurino se pueden lidiar reses de empresas que no pertenezcan a este Registro (artículo 1.º, Real Decreto 145/96)

Según datos del Ministerio de Interior (folio 1182), a cada una de estas asociaciones pertenece el siguiente número de ganaderías asociadas:

UCTL 250 ganaderías
ANGL 450
AEGRB 230
GLU 80

2. Los Estatutos de la Unión de Criadores de Toros de Lidia (folios 2836-2878), aprobados por la Asamblea en su reunión de 21 de enero de 1987, y vigentes hasta el 21 de noviembre de 1996, contenían las siguientes cláusulas:

Artículo 9: «Toda ganadería inscrita en la Unión de Criadores de Toros de Lidia tendrá que desenvolverse con plena independencia de cualquier otra ganadería brava no inscrita. La convivencia o pastoreo conjunto, así como el trasvase de las reses de la una a la otra, será considerado falta grave».

Artículo 10, párrafo 2: «En cada festejo taurino, cualquiera que sea éste, en el que se lidien toros o novillos con picadores pertenecientes a ganaderos de esta Unión de Criadores de Toros de Lidia, no podrán lidiarse reses de ganaderos extraños a la misma, salvo en festivales benéficos».

Artículo 11: «Los ganaderos inscritos en la Unión de Criadores de Toros de Lidia tienen derecho:...

— A transmitir su hierro, señal y divisa, previo sacrificio de las reses que componen su ganadería o transmisión de las mismas a otro ganadero de la Unión de Criadores de Toros de Lidia (párrafo 6).

— A transmitir parte de sus reses a otro ganadero inscrito en la Unión de Criadores de Toros de Lidia, o semen de sus machos (párrafo 7).

— A transmitir todo su ganado a otro ganadero de la Unión de Criadores de Toros de Lidia, sacrificarlo en matadero, conservando el hierro, señal y divisa y por ello su pertenencia a la Unión de Criadores de Toros de Lidia (párrafo 8).

— A adquirir de otra ganadería inscrita en la Unión de Criadores de Toros de Lidia sementales, hembras y machos... También podrá adquirir una parte de otra ganadería de la Unión de Criadores de Toros de Lidia (párrafo 13).

— A que la Unión de Criadores de Toros de Lidia declare en entredicho la plaza y empresario que sea merecedor de tal decisión por Acuerdo de la Junta Directiva, Comisión Permanente de la misma o persona de la Unión de Criadores de Toros de Lidia que la Junta Directiva designe a tal efecto (párrafo 17)».

Artículo 22: «A la Junta Directiva de la Unión compete:... g) Calificar y sancionar las faltas cometidas por los afiliados a la Unión, de acuerdo con lo consignado en estos Estatutos, resolviendo en su caso los recursos de reposición.»

Artículo 52. «Los ganaderos integrados en la Unión de Criadores de Toros de Lidia están obligados al cumplimiento estricto de los preceptos de esos Estatutos, ... Las transgresiones se clasifican en leves, graves y muy graves»

Artículo 54: «Tendrán consideración de faltas graves:...

— Lidiar con su consentimiento toros y novillos picados con otros de ganaderías extrañas a la Unión de Criadores de Toros de Lidia» (párrafo g).

Artículo 55: «Son transgresiones muy graves:

— Lidiar reses sin obtener previamente el visado del contrato tipo obligatorio.

— Vender hembras y sementales con destino a ganadería no integradas en la Unión de Criadores de Toros de Lidia, radicantes en Francia (párrafo e).

— La venta o cesión de semen con destino a ganaderías no encuadradas en la Unión de Criadores de Toros de Lidia, excepto a Hispanoamérica (párrafo g).

— Vender o ceder a personas naturales o jurídicas no encuadradas en la Unión de Criadores de Toros de Lidia reses con sus cartas genealógicas que no se destinen a la lidia de muerte o ser sacrificadas en matadero (párrafo h).

— El incumplimiento del artículo 9 (párrafo k)».

Artículo 56: «1. Las faltas leves se sancionarán con multa hasta 50.000 pesetas.

2. Las faltas graves se sancionarán con multas de 50.001 a 500.000 pesetas

3. Las faltas muy graves se sancionarán con:

- a) Multa de 500.001 pesetas a 1.000.000 de pesetas
- b) Suspensión temporal de visados de uno a tres años
- c) Expulsión de la Unión»

Artículo 57.2: «La imposición de las sanciones previstas se llevará a cabo mediante la incoación de expediente por Instructor designado al efecto, practicándose las pruebas y actuaciones que se consideren convenientes para el esclarecimiento de los hechos...»

Artículo 61: «Cuando una res sea devuelta a los corrales aún sin torear, se exigirá el cumplimiento del Reglamento Oficial de Espectáculos Taurinos y, si no fuera sacrificada en presencia del ganadero o su representante, se adoptarán las medidas necesarias para que sea llevado a cabo su sacrificio, pudiendo llegarse a la decisión de abstenerse de ventas sucesivas al empresario de referencia o cualquier otra plaza de toros de la que sea empresario o de cuya empresa forme parte.»

Tras la incoación por el Servicio del expediente, la UCTL modificó la redacción de sus Estatutos el 21 de noviembre de 1996, suprimiendo las cláusulas señaladas en este apartado.

3. Para uso de sus asociados en sus transacciones comerciales con los empresarios de festejos taurinos, la Unión de Criadores de Toros de Lidia ha publicado y distribuido el modelo de «Contrato de compraventa de reses para su lidia» (folio 2361), actualizado anualmente desde 1992 (folios 2365 a 2369 y 2372), en el que se establecen:

a) las cantidades a abonar por el comprador al representante de la ganadería como compensación por los gastos que su desplazamiento y cooperación originen (condición segunda). Las cantidades establecidas han ido incrementándose anualmente (desde la temporada 1992 a 1997) según consta en los contratos que obran en el expediente (folios 2365 a 2369).

b) la cantidad a abonar al comprador en el caso de que el vendedor quiera conservar la cabeza de alguna res (condición quinta),



S E C C I O N
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

pasando el precio de «lo correspondiente a un despojo», en los contratos utilizados hasta 1994 (folios 2365 a 23679, al «15 por 100 del precio del toro en canal», en los contratos utilizados desde la temporada 1995 (folio 2372).

c) la indemnización al comprador en el caso de reses indultadas «el precio medio de las carnes de esa corrida» en los contratos tipo utilizados a partir de 1994 (folio 2367), siendo antes «la cantidad convenida reflejada en las cláusulas adicionales» (condición octava, folio 2365).

d) en los modelos de contratos utilizados para las temporadas 1992-1996 (folios 2365 a 2368) la condición décima establece que «la parte compradora se compromete, y a ello se obliga por la presente, a que ninguna de las reses objeto del presente contrato sea lidiada junto con otra u otras pertenecientes a ganaderías no inscritas en la Unión de Criadores de Toros de Lidia. El incumplimiento de este compromiso conferirá al vendedor el derecho a reclamar al comprador, judicial o extrajudicialmente, la cantidad de 500.000 pesetas, a cuyos efectos las partes contratantes se someten al fuero territorial de Madrid, renunciando al propio que pudiera corresponderles».

e) En los modelos de contratos utilizados en las temporadas 1992-1994 (folios 2365 a 2367), ambas inclusive, la transmisión del festejo por medios audiovisuales quedaba supeditada a la autorización previa del vendedor. En los modelos a utilizar desde 1995 (folio 2372) se añade que dicha autorización será «para una sola y única transmisión» (condición undécima).

4. La Asociación de Ganaderías de Lidia ha publicado y distribuido dos modelos de «contrato de compra venta de reses de lidia», uno en 1992 y otro en 1996 (folio 2095), para uso de sus asociados, en los que se establecen una serie de condiciones. Así, en el contrato utilizado desde 1992 (folio 2097):

a) En el caso de que el comprador no se haga cargo de las reses en la dehesa, ha de admitir como buenas las que el vendedor le envíe, sin derecho a reclamación alguna por las condiciones que reunieran éstas en el momento de la entrega (estipulación quinta).

b) Se consideran a cargo del comprador los gastos del transporte y deterioro de las jaulas (estipulación séptima), el importe de guías e impuestos (estipulación octava), todos los daños y perjuicios que pudieran sufrir las reses desde la salida de la dehesa (estipulación novena).

c) Se fijan las condiciones a aplicar en caso de suspensión del festejo (estipulación undécima).

En los modelos de contratos utilizados desde 1996 (folio 2096) hasta la actualidad:

a) Se fijan las cantidades a abonar por el comprador al representante de la ganadería como compensación por los gastos que su desplazamiento y cooperación originen (condición tercera). En el modelo de contrato anterior éstas no se establecían.

b) Se establece como indemnización al comprador en el caso de reses indultadas «el valor medio de las carnes del festejo» (condición octava).

c) Se fija la cantidad a abonar al comprador en el caso de que el vendedor quiera conservar la cabeza de alguna res (condición novena) en un «15 por 100 del valor de la carne de cada res».

d) La transmisión del festejo por medios audiovisuales queda supeditada a la autorización previa del vendedor, siendo válida dicha autorización «para una sola y única transmisión» (condición duodécima).

5. La asociación Ganaderos de Lidia Unidos elaboró en 1993 (folio 2099) un modelo de «contrato de compra venta de reses de lidia» (folio 2355) idéntico al utilizado por la Asociación de Ganaderías de Lidia desde el año 1992 hasta 1996, y en el que se fijan las siguientes condiciones comerciales:

a) En el caso de que el comprador no se haga cargo de las reses en la dehesa, ha de admitir como buenas las que el vendedor le envíe, sin derecho a reclamación alguna por las condiciones que reunieran éstas en el momento de la entrega (estipulación quinta).

b) Se consideran a cargo del comprador los gastos del transporte y deterioro de las jaulas (estipulación séptima), el importe de guías e impuestos (estipulación octava), todos los daños y perjuicios que puedan sufrir las reses desde la salida de la dehesa (estipulación novena).

c) Se fijan las condiciones a aplicar en caso de suspensión del festejo (estipulación undécima).

En el artículo 16 de sus Estatutos (folio 2105), aprobados en el año 1979, se establece que «las relaciones contractuales de los ganaderos-criadores de toros de lidia con los empresarios-organizadores, se formalizarán siempre por escrito y en los contratos tipo actualmente existentes o los que, de mutuo acuerdo entre las respectivas asociaciones, los sustituyera, pudiendo establecerse entre los contratantes los pactos o cláusulas adicionales que estimen convenientes, siempre que no contradigan ni desvirtúen las cláusulas obligatorias establecidas de los contratos tipo ni los del ordenamiento jurídico general, supuestos en los cuales tales cláusulas se tendrán por no puestas y no invalidará el contrato si éste reuniese los restantes requisitos necesarios para su validez».

Asimismo, en su artículo 18 se dice que «todos los miembros de la Asociación vendrán obligados a respetar y cumplir las decisiones que se adopten con relación a terceras personas, en justa defensa de los derechos de los asociados».

6. La Agrupación Española de Reses Bravas tiene dos modelos de contrato de compraventa (folio 2374), para uso de sus miembros en las transacciones con empresarios de festejos taurinos.

El primero de ellos (folio 2392), de manera muy similar a los anteriores, establece como condiciones de general aplicación las siguientes:

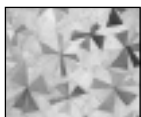
a) En el caso de que el comprador no se haga cargo de las reses en la dehesa, ha de admitir como buenas las que el vendedor le envíe, sin derecho a reclamación alguna por las condiciones que reunieran éstas en el momento de la entrega (estipulación cuarta).

b) Se establece como indemnización al comprador en el caso de reses indultadas «el valor de sus carnes» (estipulación séptima).

c) Se consideran a cargo del comprador los gastos de deterioro de las jaulas (estipulación octava), el importe de guías e impuestos (estipulación novena), todos los daños y perjuicios que puedan sufrir las reses desde la salida de la dehesa (estipulación décima).

d) Se fijan las condiciones a aplicar en caso de suspensión del festejo (estipulación duodécima).

En el segundo de los contratos (folio 2393) se considera al comprador responsable único en relación con cualquier infracción, sanción o responsabilidad derivada de las reses (cláusula cuarta): éste ha de asumir todas las obligaciones que para los ganaderos establece el Reglamento de Espectáculos Taurinos y responsabilidades que se derivaran de su incumplimiento (cláu-



SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

sula quinta), así como de cualquier manipulación de las defensas de las reses que disminuyan su integridad para la lidia (cláusula sexta).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Ante la alegación contenida en el escrito de conclusiones presentado por UCTL, según la cual habría caducado el procedimiento en virtud del artículo 20 del Real Decreto 1398/93, que regula el procedimiento sancionador y del artículo 43 de la LRJAE y PAC, el Tribunal considera que debe rechazarla reiterando su doctrina al respecto, constantemente mantenida (véase, por todas, la Resolución de 15 de abril de 1999, Expte. 426/98, Azúcar).

En efecto, hay que tener en cuenta que la LDC es una Ley especial en materia de procedimiento, que en su artículo 50 señala la supletoriedad de la Ley de Procedimiento Administrativo. Por su parte, la LRJAP, que ha sustituido a la anterior, establece en el apartado 3 de la Disposición derogatoria que *«se declaran expresamente en vigor las normas, cualesquiera que sea su rango, que regulen procedimientos de las Administraciones Públicas en lo que no contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.»* Por tanto, es evidente que la LDC sigue en vigor en sus aspectos procedimentales en todo lo que no se oponga a la LRJAP, siendo ésta supletoria de aquella.

El procedimiento de la LDC, además de su vertiente pública, incluye, en la mayoría de los casos, la salvaguardia de un interés privado por lo que, dada la posibilidad de denuncia, en la que el denunciante tenga un interés legítimo y sea considerado como parte en el expediente, no es de extrañar que la iniciación del mismo pueda ser a instancia de parte interesada. Además, incluso en los expedientes iniciados de oficio por conductas prohibidas por la LDC (bien directamente por el Servicio o mediante denuncia de personas no interesadas), dado que, como se señala en el artículo 36.4 LDC, se prevé la posibilidad de publicar una nota sucinta sobre los extremos fundamentales del expediente en la BOE y, en su caso, en un diario de circulación nacional o en el de mayor tirada de la provincia en la que se realicen las prácticas objeto del expediente, esto puede dar lugar a la aparición de interesados en el expediente y ser su resolución susceptible de producir efectos favorables a los mismos.

No hay que olvidar que el artículo 13.2 LDC establece que *«la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa (por Resolución de este Tribunal) y, en su caso, jurisdiccional»*. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 30 de diciembre de 1993 señala que *«es menester que el ejercicio de esas acciones de resarcimiento haya sido precedido de una resolución firme del Tribunal de Defensa de la Competencia en que se haya declarado la existencia de las prácticas restrictivas de la competencia prohibidas, de las que nacen los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se pide, constituyendo, por tanto, esa resolución, un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción indemnizatoria, cuya falta impide a los Juzgados y Tribunales entrar en el conocimiento de las mismas...»*.

Por tanto, si los denunciante y, en general, los interesados quieren ejercitar acciones de resarcimiento, precisan de Resolución de este Tribunal. La caducidad del expediente impediría el ejercicio de las mismas, ocasionándoles un indudable perjuicio.

En este caso, el expediente ha sido iniciado por medio de denuncia y, al tener el denunciante interés legítimo, se le ha considerado 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 (sólo aplicable *«cuando se trate de procedimientos iniciados de*

oficio no susceptibles de producir actos favorables a los ciudadanos») y, por lo tanto, no lo es el plazo de caducidad establecido en el Reglamento que la desarrolla.

Otra razón fundamental para la no-aplicabilidad del artículo 43.4 de la LRJAP, es 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 establecido en el Real Decreto 1398/93, que está previsto para actuaciones generales de la Administración en el ámbito sancionador. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991 establece que las leyes no pueden interpretarse de forma que conduzcan a resultados absurdos.

La LDC no establecía plazos máximos de tramitación, sino plazos para los múltiples trámites previstos en ella, pues 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. 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 o en un diario para que cualquiera pueda aportar información en un plazo de hasta quince días, la práctica de los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades, el establecimiento de un Pliego de Concreción de Hechos, su notificación a los infractores para alegaciones y proposición de pruebas por plazo de quince días, la valoración de pruebas por plazo de diez días y la redacción del informe que se eleva al Tribunal (artículo 36 y 37 LDC). Llegado el expediente al Tribunal, éste resolverá sobre su admisión en el período de cinco 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 cinco días; practicada la prueba ante el Tribunal (al menos veinte días), su resultado se pondrá de manifiesto a los interesados para su valoración por un plazo de diez días; pasando, por fin, a vista o conclusiones (plazo de quince días), salvo que se aplase la resolución por acordarse diligencias para mejor proveer o por concurrencia con procedimiento en Organos Comunitarios europeos (artículos 39 a 44). A dichos plazos hay que añadir los de notificación de los citados actos y de recepción de los escritos de los interesados, que pueden presentarlos en multitud de dependencias (artículo 38 Ley 30/1992).

Los plazos que la LDC establece para cada uno de los trámites constituyen un equilibrio de garantías para las partes en litigio, asegurando el derecho de contradicción y la igualdad de armas, que hacen imposible que el procedimiento pueda finalizar en su fase administrativa en el plazo de seis meses previsto como norma general por el Real Decreto 1398/1993. Este hecho es reconocido en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que, aparte de establecer en su disposición adicional séptima que *«los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se registrarán por su normativa específica y supletoriamente por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.»*, añade un nuevo artículo 56 a la LDC, limitando el plazo máximo de duración del procedimiento a dieciocho meses ante el Servicio y doce meses ante el Tribunal con posibilidad de interrupciones por diversas causas.

2. Considera el Servicio que los artículos de los Estatutos de la UCTL que se transcriben en el segundo Hecho Probado imponen a los asociados la obligación de no mantener relaciones comerciales con ganaderos pertenecientes a otras asociaciones, en cuanto a la compraventa de reses, la transmisión de hierro, señal, divisa y semen, así como la obligación de no permitir que sus reses sean lidiadas en festejos donde exista ganado bravo de ganaderos ajenos a UCTL. Dichos artículos,



**SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA**

que en sí mismos constituyen decisiones de una Asociación de empresas en el sentido del artículo 1 de la LDC, tienen como objeto y por efecto restringir la competencia del sector al limitar la libertad de elección y la competencia, no sólo de las empresas participantes, sino también la de terceros, tanto ganaderos de otras asociaciones como empresarios de corridas de toros y novilladas.

Aunque la distinción entre acuerdos, decisiones y recomendaciones puede parecer, a veces, imprecisa, y, en muchas ocasiones, irrelevante, en el presente caso se comprueba la forma en que las decisiones de asociaciones de empresas pueden tener mayor alcance que los acuerdos entre empresas.

Así, cuando la UCTL decide el 27 de abril de 1987 (folio 2835), a través de la Asamblea General, su órgano máximo (según artículo 15 Estatutos), introducir en sus estatutos las cláusulas limitativas de la competencia anteriormente relacionadas en el segundo hecho probado, tales cláusulas obligan tanto a los 149 asociados que votaron a favor de la reforma de Estatutos como a los 4 que votaron en contra, a los 47 que se abstuvieron y a los 162 que no asistieron a la Asamblea.

Esta decisión de UCTL obligaba, pues, a la totalidad de sus asociados a limitar su capacidad de comerciar libremente al prohibir la venta de sus productos (reses, semen) a las ganaderías no asociadas a UCTL. Asimismo, obligaba a sus asociados a imponer a los empresarios de espectáculos taurinos, demandantes finales de los toros bravos, la obligación de organizar cada festejo sin mezcla de reses procedentes de ganaderías asociadas a UCTL con reses de otras ganaderías.

Junto a estas cláusulas restrictivas, los Estatutos de UCTL aprobados en 1987 contenían un severo sistema coactivo, con sanciones (artículo 52-55 Estatutos) para quien las incumpliera consistentes en multas hasta un millón de pesetas y expulsión para las ganaderías asociadas y *declaración en entredicho* (artículo 11 Estatutos) para plazas y empresarios organizadores de corridas de toros y novilladas con picadores.

Las limitaciones impuestas por la UCTL a sus asociados, relativas a no poder lidiar sus reses con ganaderos extraños a la misma, salvo en festivales benéficos, a no transmitir o comprar reses, hierro, señal o divisa o parte de sus reses o semen más que a otros ganaderos inscritos en la UCTL, y el mecanismo sancionador previsto en los Estatutos de 1987, constituyen una decisión que tenía por objeto y podía producir el efecto de impedir la competencia en el mercado nacional de ganado bovino de lidia, con infracción del artículo 1.1 de la LDC.

Esta infracción de la UCTL debe ser imputada desde julio de 1992 (fecha cinco años anterior a la incoación del expediente) hasta la modificación de Estatutos en 1996.

3. Alega UCTL que la presencia de estas cláusulas en los Estatutos no constituye infracción de la LDC, pues se está enjuiciando la mera existencia de normas y no su aplicación y cita, como fundamento, dos sentencias del Tribunal Supremo, de 18 de enero de 1995 y de 26 de diciembre de 1996, que parcialmente transcribe.

Esta alegación no puede ser tenida en cuenta porque las dos sentencias citadas se refieren a conductas perseguidas por la Ley 110/63, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, que quedó derogada al entrar en vigor la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia, que es la que está siendo aplicada por el Tribunal en este caso.

Aunque resulte sorprendente que hoy, diez años después de la entrada en vigor de la LDC, se formulen alegaciones basadas en Sentencias relativas a la ley anterior, tales alegaciones no eran infrecuentes en los primeros años de vigencia de la nueva Ley, como consecuencia de la importante modificación que experimentó su artículo 1.1.

En la Resolución 321/92 *Asociación Mercado de Valores*, este Tribunal desestimaba así, una alegación análoga: «*conviene recordar que en la anterior Ley 110/1963, de Represión de Prácticas*

Restrictivas de la Competencia, lo que se perseguía era la práctica, no el acuerdo o recomendación, razón por la cual mientras no se llevara a efecto la recomendación no podía entenderse cumplimentado el tipo punitivo. Pero nada de eso existe en la nueva Ley de Defensa de la Competencia, que persigue los acuerdos, decisiones y recomendaciones en su cualidad de tales, sin necesidad de que se lleven a efecto en la práctica; por ello, no puede tener acogida el conjunto de alegaciones que la Asociación ha realizado invocando la anterior jurisprudencia de este Tribunal.».

4. Alega también UCTL que sus Estatutos han sido aprobados por el Ministerio de Trabajo. Sin embargo, en el expediente constan únicamente los actos de depósito de los Estatutos de 1977 (folios 706 y 2951) en la Oficina Central de Depósito de Estatutos de Organizaciones Profesionales y de presentación de los Estatutos de 1987 en el Instituto Mediación, Arbitraje y Conciliación (folios 2835 y 2838).

El depósito o presentación de estatutos ante el Ministerio de Trabajo confiere a las asociaciones personalidad jurídica y capacidad de obrar (artículo 3, Ley 19/1977), pero no puede constituir garantía de que sus estipulaciones vayan a estar permanentemente ajustadas a derecho, correspondiendo a las propias asociaciones la adaptación de su contenido a los cambios legislativos que se produzcan, en este caso, a los cambios sustantivos que introdujo la LDC y que se exponen en el fundamento de derecho anterior.

Por otra parte, la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, establece, como disposición transitoria, el deber de comunicar, en el plazo de seis meses, aquellos acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas comprendidas en el artículo 1 y existentes a su entrada en vigor, para los que se pretendiera obtener la autorización a la que se refiere el artículo 4 de la misma Ley.

Por todo ello, el Tribunal no puede admitir esta alegación de UCTL.

5. El Servicio considera también que las distintas Asociaciones de ganaderos, al elaborar y difundir entre sus asociados los modelos de contratos de venta de reses bravas para su lidia en festejos taurinos, cuyo contenido se detalla en los Hechos Probados 3), 4), 5) y 6), han infringido el artículo 1.1.a) de la LDC.

En efecto, la distribución de los modelos de contrato por las distintas asociaciones constituye una recomendación colectiva que puede ejercer una influencia decisiva en la presentación de una oferta unificada de todos los ganaderos ante los empresarios organizadores de festejos taurinos, fijando condiciones de venta, cantidades y conceptos que deberían ser objeto de libre negociación y constituyendo, por tanto, una infracción del artículo 1.1 de la LDC.

La infracción resulta más patente si se considera la semejanza, cuando no igualdad, de las cláusulas de los modelos de contrato de las diferentes asociaciones que reúnen la totalidad de la oferta de toros de lidia y, por su potencial efecto anticompetitivo, resulta indiferente, a efectos de calificación, aunque no a efectos de sanción, el hecho de que sea obligatorio o voluntario el uso por los asociados de estos modelos de contrato en sus transacciones.

Con objeto de individualizar las distintas responsabilidades será necesario considerar el contenido, el grado de imposición sobre los asociados y la frecuencia de utilización de los diferentes contratos tipo.

La frecuencia de uso de los contratos es un indicador de la eficacia de la recomendación y, a este respecto, el Tribunal considera que la solicitud de información por el Servicio (quinto antecedente de hecho) a las autoridades competentes en la materia de las distintas Comunidades Autónomas, sobre los expedientes de determinadas corridas celebradas en su territorio que, en principio, habrían sido mixtas, constituye un muestreo aleatorio de aquellas



SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

variables que no constituirían el objeto de la solicitud, entre ellas, la frecuencia de utilización de los contratos recomendados. Los resultados del muestreo son abrumadores ya que, de 29 contratos, sólo uno (folio 1755). Está redactado en términos distintos a los recomendados por las asociaciones.

De estos resultados, es posible inferir que la afirmación del Servicio sobre un uso generalizado de los contratos recomendados por las Asociaciones tiene una sólida base estadística.

6. Los modelos de contrato redactados y distribuidos entre sus asociados por UCTL, cuyo contenido y evolución se detalla en el tercer Hecho Probadado, infringen el artículo 1.1 LDC al constituir recomendaciones colectivas que fijan condiciones comerciales, cantidades y conceptos que deben ser objeto de libre negociación entre las ganaderías y los empresarios organizadores de festejos taurinos.

Las condiciones fijadas en términos cuantitativos en estos modelos de contratos son las cantidades a abonar por el comprador al representante de la ganadería como compensación por los gastos que su desplazamiento y cooperación originen, la cantidad a abonar al comprador en el caso de que el vendedor quiera conservar la cabeza de alguna res y la indemnización al comprador en el caso de reses indultadas.

Además, estos contratos establecen las condiciones de transmisión del festejo por medios audiovisuales y el compromiso por la parte compradora de que ninguna de las reses objeto del contrato fuese lidiada junto con otra u otras pertenecientes a ganaderías no inscritas en la Unión de Criadores de Toros de Lidia, reservándose el vendedor el derecho a reclamar al comprador, judicial o extrajudicialmente, la cantidad de 500.000 pesetas, con sometimiento de las partes al fuero territorial de Madrid, con renuncia al propio que pudiera corresponderles.

Con esta última condición, que traslada a los contratos las cláusulas restrictivas contenidas en el artículo 10 de los Estatutos de UCTL de 1987, se restringe no sólo la libertad de contratación de los empresarios organizadores de festejos taurinos, sino también la libre competencia entre ganaderos.

Aunque UCTL alega que no hay unificación de condiciones y que no se impone a ganaderos el contrato, el Tribunal no puede aceptar esta alegación puesto que en el Artículo 55 de los Estatutos de UCTL de 1987 se considera *transgresión muy grave el lidiar reses sin obtener previamente el visado del contrato tipo obligatorio* y que en algunos de los contratos que obran en el expediente (folios 1404, 1414, 1691, 3035 y 2036) figura impresa la frase *«Aprobado con carácter obligatorio en la Asamblea General de la Unión de Criadores de Toros de Lidia, celebrada en Madrid el día 15 de diciembre de 1978»*.

En su escrito de alegaciones ante el Tribunal, UCTL admite que *todas las asociaciones sin previo acuerdo ni concierto hacen entrega de este documento sin establecer ningún control sobre su uso*. De hecho, los ganaderos asociados a la UCTL han utilizado, de manera generalizada, los modelos de contratos, tal y como se deduce de la documentación que obra en el expediente, y que se ha analizado en el quinto fundamento de derecho.

7. Los modelos de contrato redactados y distribuidos entre sus asociados por ANGL, cuyo contenido y evolución se detalla en el hecho probado número cuatro, infringen el artículo 1.1 LDC al constituir recomendaciones colectivas que fijan condiciones comerciales, cantidades y conceptos que deben ser objeto de libre negociación entre las ganaderías y los empresarios organizadores de festejos taurinos.

En los modelos de contrato de ANGL anteriores a 1996 se fijaban las siguientes condiciones para el comprador: admitir como buenas las reses que le envíe el vendedor, hacerse cargo de los gastos de transporte, de deterioro de las jaulas, de guías e impuestos y de daños y perjuicios que sufran las reses durante el transporte. Asimismo, se fijaban las condiciones a aplicar en caso de suspensión del festejo.

En los modelos de contratos utilizados desde 1996, ANGL se aproxima a los contratos de UCTL al establecer en términos cuantitativos las cantidades a abonar por el comprador al representante de la ganadería como compensación por los gastos que su desplazamiento y cooperación originen, la indemnización al comprador en el caso de reses indultadas y la cantidad a abonar al comprador en el caso de que el vendedor quiera conservar la cabeza de alguna res. Asimismo, la transmisión del festejo por medios audiovisuales queda supeditada a la autorización previa del vendedor, siendo válida dicha autorización *«para una sola y única transmisión»*.

En sus alegaciones ante el Tribunal, ANGL sostiene que el calificar como recomendación la distribución de modelos de contratos constituye una presunción que no puede mantenerse puesto que existe otra interpretación de los hechos: se trata de un servicio más de la Asociación a sus asociados para que puedan cumplir el artículo 29.2.g. del Reglamento Taurino que exige la presentación, entre otros documentos, de una copia del contrato de compraventa de reses para que el espectáculo sea autorizado.

A este respecto, cabe señalar que existe una separación nítida entre la legítima asistencia que las asociaciones pueden prestar a sus asociados en la formalización de contratos, en la que puede admitirse la distribución de impresos que, por ejemplo, relacionen todos los extremos que la normativa vigente exige, y la ilícita fijación de cantidades y conceptos que deben quedar abiertos para la negociación libre entre los asociados y sus clientes.

En este último caso, la distribución de estos modelos de contrato, al poder tener por efecto la fijación de condiciones de venta que, en un mercado libre, deben ser objeto de negociación entre las partes, se convierte en una recomendación colectiva prohibida por el artículo 1 de la LDC, siendo indiferente, a efectos de la calificación de la infracción, el objeto con que tal distribución se lleva a cabo.

Por ello, no se puede admitir esta alegación ya que la calificación de recomendación colectiva no es una presunción, sino una apreciación objetiva a la vista de los conceptos que se fijan en los contratos tipo distribuidos por ANGL.

Alega también ANGL que la Comisión Europea ha manifestado que *la utilización de impresos no es objetable siempre que no vincule un entendimiento tácito a precios uniformes, rebajas o condiciones de venta*, mientras que en este caso no se condiciona en absoluto el precio, que es libre, y en cuanto a las condiciones de venta se deja libertad a las partes para modificar las cláusulas existentes o crear otras nuevas.

Esta alegación no puede admitirse porque es obvio que los contratos tipo distribuidos por ANGL, aunque no fijen los precios de las reses, afectan a las condiciones de venta que antes se han enumerado, algunas de las cuales influyen también en el precio total de la transacción, y suponen un entendimiento tácito mediante el cual el empresario organizador de festejos taurinos se enfrenta a una oferta unificada de los ganaderos sobre las condiciones de venta que se ve inducido a aceptar.

Tampoco pueden admitirse las conclusiones que obtiene el representante legal de ANGL de la Sentencia del Tribunal Supremo (Referencia: LA LEY, 1997, 4682) puesto que en ella se está resolviendo un supuesto de infracción del artículo 1.1 de la Ley 110/1963, sustantivamente diferente del artículo 1.1 de la Ley 16/ 1989, como se señala en el tercer Fundamento de Derecho de esta Resolución.

Alega también ANGL que, aunque el TDC considerase que hubo recomendación, tal acto no sería sancionable por ser consecuencia de la aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación (abril 98), siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 2.1 de la LDC.

La Ley que se invoca como fundamento de esta alegación parte del principio de la protección de la igualdad de los contratantes, como presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales, y regula los contratos tipo que una persona física o jurí-



SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

dica puede establecer para sus transacciones con todos sus clientes, pero no ampara a los acuerdos entre empresas, recomendaciones o decisiones que uniformizan las condiciones de venta de un conjunto de empresas ya que ello supondría la mayor desprotección posible para una de las partes. Es decir, cada ganadero puede legítimamente intentar uniformar sus contratos con todos los empresarios de festejos taurinos, pero un grupo de ganaderos, mediante acuerdo, decisión o recomendación de la asociación que los integra, no puede imponer sus condiciones de venta a los compradores de su ganado.

ANGL alega que los contratos-tipo utilizados por sus asociados se hallan en situación idéntica a los que viene publicando el BOE, redactados y acordados por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (MAPA) para regular la compraventa de productos agrícolas y que, al no haberse abierto por el Servicio de Defensa de la Competencia expediente alguno sobre los mismos, se está quebrantando el principio constitucional de igualdad de trato ante la Ley.

Esta alegación no puede ser aceptada por el Tribunal porque los contratos tipo que se publican por Orden del MAPA están amparados por la Ley 19/1982, sobre contratación de productos agrarios, y, en consecuencia, su utilización constituye conducta autorizada según el artículo 2.1 de la LDC. Por el contrario, los contratos-tipo utilizados, siguiendo la recomendación colectiva de sus respectivas asociaciones, por los ganaderos de toros de lidia en sus relaciones con los empresarios de festejos taurinos, no cumplen los requisitos para poderse acoger al amparo de dicha Ley, en particular, la determinación por el Gobierno de que los toros de lidia sean productos susceptibles de acogerse al régimen de la Ley 19/1982 (artículo 2.2) y el sometimiento de ambas partes (ganaderos y empresarios taurinos, en este caso) a la homologación por el MAPA de los correspondientes contratos (artículo 1).

Alega, por último, ANGL que el Servicio, al dar la misma calificación (infracción del artículo 1.1 a. de la LDC) a las conductas de GLU y de UCTL que a las de ANGL y AEGRB, quebranta el principio de igualdad al tratar de igual forma situaciones fácticas diferentes ya que las dos primeras asociaciones imponen en sus Estatutos la obligación de utilizar los contratos-tipo mientras que en los Estatutos de las dos últimas no se recoge imposición alguna al efecto.

Tampoco esta alegación puede ser estimada por el Tribunal puesto que la recomendación colectiva consistente en difundir entre los asociados modelos de contrato en que se fijan condiciones de venta que deberían ser objeto de libre negociación entre las partes, constituye una infracción del artículo 1 de la Ley que hay que imputar a las cuatro asociaciones mencionadas, sin perjuicio de que se valore el contenido de los Estatutos relacionado con los contratos al establecer las sanciones que a cada una pueda corresponder.

8. Los modelos de contrato redactados y distribuidos entre sus asociados por GLU, cuyo contenido se detalla en el hecho probado número cinco, infringen el artículo 1.1 de la LDC al constituir recomendaciones colectivas que fijan condiciones comerciales que deben ser objeto de libre negociación entre las ganaderías y los empresarios organizadores de festejos taurinos.

En los modelos de contrato de GLU se fijaban las siguientes condiciones para el comprador, idénticas a las de los modelos de contrato de ANGL anteriores a 1996: admitir como buenas las reses que le envíe el vendedor, hacerse cargo de los gastos de transporte, de deterioro de las jaulas, de guías e impuestos y de daños y perjuicios que sufran las reses durante el transporte. Asimismo, se fijaban las condiciones a aplicar en caso de suspensión del festejo.

Alega GLU que estos contratos constituyen una mera orientación realizada por la Secretaría en cumplimiento de su obligación de asesorar a los miembros de la Asociación, que no tienen carácter obligatorio y que no han sido usados de forma generalizada.

El Tribunal debe rechazar estas alegaciones a la vista del

artículo 16 de los Estatutos de GLU que textualmente dice *«las relaciones contractuales de los ganaderos-criadores de toros de lidia con los empresarios-organizadores, se formalizarán siempre por escrito y en los contratos tipo actualmente existentes o los que, de mutuo acuerdo entre las respectivas asociaciones, los suscitara»*

9. Los modelos de contrato redactados y distribuidos entre sus asociados por AEGRB, cuyo contenido y evolución se detalla en el hecho probado número cinco, infringen el artículo 1.1 de la LDC al constituir recomendaciones colectivas que fijan condiciones comerciales que deben ser objeto de libre negociación entre las ganaderías y los empresarios organizadores de festejos taurinos.

La AEGRB tiene dos modelos de contrato de compra venta (folio 2374), para uso de sus miembros en las transacciones con empresarios de festejos taurinos.

En el primero de estos modelos de contrato de AEGRB se fijaban las siguientes condiciones para el comprador: admitir como buenas las reses que le envíe el vendedor, hacerse cargo de los gastos de transporte, de deterioro de las jaulas, de guías e impuestos y de daños y perjuicios que sufran las reses durante el transporte. Asimismo, se fijaban las condiciones a aplicar en caso de suspensión del festejo. Es decir las mismas condiciones del modelo de GLU y del modelo de ANGL anterior a 1996.

En el segundo de los modelos de contrato se considera al comprador responsable único en relación con cualquier infracción, sanción o responsabilidad derivada de las reses (cláusula cuarta): éste ha de asumir todas las obligaciones que para los ganaderos establece el Reglamento de Espectáculos Taurinos y las responsabilidades que se derivaran de su incumplimiento (cláusula quinta), así como de cualquier manipulación de las defensas de las reses que disminuyan su integridad para la lidia (cláusula sexta).

10. El artículo 10.1 de la LDC establece el límite máximo de la capacidad sancionadora del Tribunal en 150 millones de pesetas o hasta el 10 por 100 del volumen de ventas. Como las asociaciones imputadas en este expediente no tienen cifra de negocios, la máxima sanción a aplicar, en este caso, sería una multa de 150 millones de pesetas.

Por otra parte, el artículo 10.2 de la LDC señala que la cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo que se tendrá en cuenta la modalidad y alcance de la restricción, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado, los efectos sobre los competidores, consumidores y usuarios, la duración y la reiteración de la infracción.

La presencia en los Estatutos de UCTL de 1987 de las cláusulas restrictivas y sancionadoras señaladas en el segundo Hecho Probado constituyen una grave infracción del artículo 1.1 de la LDC que afecta, por una parte, a la libertad de comercio entre ganaderos y, por otra, a la libertad de los empresarios para organizar festejos taurinos combinando en el mismo cartel reses de ganaderías diferentes. Los mercados afectados tienen dimensión nacional.

Estas cláusulas se han mantenido en los Estatutos de UCTL desde 1987, pero deben imputarse desde julio de 1992 (fecha cinco años anterior a la incoación del expediente) hasta 1996 en que se adoptaron nuevos Estatutos.

Los modelos de contrato distribuidos por UCTL constituyen una grave infracción del artículo 1.1 de la LDC que afecta al libre comercio entre sus ganaderos asociados y los empresarios organizadores de festejos taurinos. Particular gravedad presenta la cláusula que traslada a los contratos la prohibición, contenida en los Estatutos, de que sus ganaderos permitan que sus reses sean lidiadas en festejos con reses de otras ganaderías, así como la imposición de la misma prohibición a los empresarios de festejos taurinos. El mercado afectado tiene dimensión nacional. Se ha acreditado, mediante muestreo aleatorio significativo, el uso habitual de estos contratos por las ganaderías asociadas a UCTL. La duración de esta conducta está acreditada desde 1995 a 1996.



SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA

No se considera, a efectos de determinar la cuantía de la multa, la cláusula contenida en el artículo 55 de los Estatutos UCTL de 1987 que obliga a los miembros de UCTL al uso de los contratos tipo, por no haber sido imputada por el Servicio. Asimismo, el Tribunal considera que ni el Servicio ni la Comisión Consultiva Nacional de Asuntos Taurinos, pese a su valoración negativa, han podido cuantificar los efectos que estas conductas han podido tener en el mercado y encuentra como factores atenuantes de la sanción el hecho de haberse acreditado la existencia de algunas corridas mixtas, con reses de ganaderías asociadas a UCTL y de otras asociaciones, así como el cambio de Estatutos de UCTL en 1996.

El Tribunal considera que UCTL es responsable como autora de las infracciones señaladas y que, teniendo en cuenta todas las circunstancias indicadas, debe ser sancionada con una multa de cuarenta millones de pesetas.

11. Los modelos de contrato distribuidos por ANGL, GLU y AEGRB infringen el artículo 1.1 de la LDC, afectando al libre comercio entre sus ganaderos asociados y los empresarios organizadores de festejos taurinos.

El mercado afectado tiene dimensión nacional. Se ha acreditado, mediante muestreo aleatorio significativo, el uso habitual de estos contratos por las ganaderías asociadas a ANGL, GLU y AEGRB. La duración de esta conducta está acreditada desde 1995 a 1996.

Ha quedado acreditado que el artículo 16 de los Estatutos de GLU imponía a sus asociados la obligatoriedad de utilización del contrato tipo. No obstante, GLU ha procedido a la elaboración de nuevos Estatutos.

No se considera, a efectos de determinar la cuantía de la multa, la semejanza o igualdad de los modelos de contrato distribuidos por estas tres asociaciones, por no haber sido imputada por el Servicio. Asimismo, el Tribunal considera que ni el Servicio ni la Comisión Consultiva Nacional de Asuntos Taurinos, pese a su valoración negativa, han podido cuantificar los efectos que estas conductas han podido tener en el mercado.

12. El Tribunal considera que ANGL, AEGRB y GLU son responsables como autoras de las infracciones indicadas y que, teniendo en cuenta todas las circunstancias destacadas en este apartado, deben ser sancionadas con las siguientes multas: ANGL cinco millones de pesetas; AEGRB, cinco millones de pesetas y GLU, siete millones de pesetas, correspondiendo a esta última asociación una multa superior a las de las otras dos por el hecho, antes señalado, de que constase en sus Estatutos la obligatoriedad de uso de los contratos tipo.

El Tribunal estima que es preciso dar a la presente Resolución una amplia difusión. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.5 LDC, considera que debe ordenar la publicación de su parte dispositiva en el *BOE* y en dos de los diarios de información general de máxima circulación nacional. Asimismo, considera que las empresas asociadas deben conocer el contenido de esta Resolución, por lo que debe ordenar a las asociaciones que la difundan entre sus asociados.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Primero. Declarar acreditada la realización de una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 1.1 de la

Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, por parte de la Unión de Criadores de Toros de Lidia, consistente en la inclusión en sus Estatutos de 1987, vigentes hasta 1996, de cláusulas que imponen a los asociados la obligación de no mantener relaciones comerciales con ganaderos pertenecientes a otras asociaciones, en cuanto a la compraventa de reses, la transmisión de hierro, señal, divisa y semen, así como la obligación de no permitir que sus reses sean lidiadas en festejos donde exista ganado bravo de ganaderos ajenos a UCTL.

Segundo. Declarar acreditada la realización de conductas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, por parte de Unión de Criadores de Toros de Lidia, Asociación Nacional de Ganaderías de Lidia, Ganaderos de Lidia Unidos y Agrupación Española de Ganaderos de Reses Bravas consistente en la recomendación colectiva, a través de contratos tipo, de condiciones comerciales que deben ser objeto de libre negociación entre las ganaderías y los empresarios organizadores de festejos taurinos.

Tercero. Imponer a las asociaciones responsables como autoras de estas conductas prohibidas las siguientes multas:

- Unión de Criadores de Toros de Lidia: cuarenta millones de pesetas.
- Asociación Nacional de Ganaderías de Lidia: cinco millones de pesetas.
- Ganaderos de Lidia Unidos: siete millones de pesetas.
- Agrupación Española de Ganaderos de Reses Bravas: cinco millones de pesetas

Cuarto. Intimar a Unión de Criadores de Toros de Lidia, Asociación Nacional de Ganaderías de Lidia, Ganaderos de Lidia Unidos y Agrupación Española de Ganaderos de Reses Bravas a que cesen en las conductas que se han declarado prohibidas y a que se abstengan de realizarlas en el futuro.

Quinto. Ordenar a Unión de Criadores de Toros de Lidia, Asociación Nacional de Ganaderías de Lidia, Ganaderos de Lidia Unidos y Agrupación Española de Ganaderos de Reses Bravas que, en el plazo de un mes, a contar desde la notificación de esta Resolución, den traslado de la misma a todos sus asociados. En caso de incumplimiento, se les impondrá una multa coercitiva de 50.000 pesetas por cada día de retraso en el envío.

Sexto. Ordenar a Unión de Criadores de Toros de Lidia, Asociación Nacional de Ganaderías de Lidia, Ganaderos de Lidia Unidos y Agrupación Española de Ganaderos de Reses Bravas la publicación, en el plazo de un mes a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de esta Resolución en el *Boletín Oficial del Estado* y en dos de los diarios de información general de mayor circulación de ámbito nacional, a costa de las empresas sancionadas, debiendo dar cuenta de dicha publicación al Servicio de Defensa de la Competencia. En caso de incumplimiento se les impondrá una multa coercitiva de 50.000 pesetas por cada día de retraso en la publicación.

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 en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación. ■



**SECCION
ESTADISTICO-
INFORMATIVA**