Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia

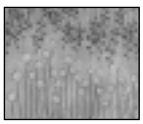
(Expte. 455/99, Abogacía Española)

■ **En Madrid, a 18 de enero de 2000**

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Vocal Don José Hernández Delgado, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 455/99 (1756/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio), iniciado por denuncia presentada por Don Javier Benito Jiménez, abogado, contra el Consejo General de la Abogacía Española (en adelante, el Consejo de la Abogacía, el Consejo) por supuesta conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), consistente en adoptar un acuerdo por el que dicta normas sobre la publicidad de los abogados.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El expediente se inició como consecuencia de la denuncia presentada por Don Javier Benito Jiménez, abogado, que tuvo entrada en el Servicio con fecha 23 de enero de 1998, por el que formulaba denuncia contra el Consejo de la Abogacía por realizar una supuesta conducta prohibida por la LDC consistente en la adopción de un acuerdo, firmado por el citado Consejo el día 19 de diciembre de 1997, por el que se aprueba un Reglamento de Publicidad, con efectos desde el día 1 de enero de 1998, que, según el denunciante, tiene por objeto restringir la competencia entre abogados.



SECCION JURIDICO-ECONOMICA

2. Por Providencia de 18 de febrero de 1998 del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia se acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación del oportuno expediente por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC. Con esa misma fecha se notificó a las partes interesadas, dando traslado de la denuncia.

3. Los hechos que se consideraron probados se recogieron en un Pliego de Concreción de Hechos, formalizado con fecha 5 de febrero de 1999, en el que se concluye que «la aprobación por el Consejo General de la Abogacía Española de un "Reglamento de publicidad" cuyo contenido establece prohibiciones y limitaciones a la publicidad de los servicios profesionales de los abogados, podría constituir una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la LDC en relación con el artículo 2.4 de la Ley 2/1974. La aplicación coactiva de dichas normas por los órganos colegiales a los letrados que las incumplan podría constituir, igualmente, una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la LDC.»

4. Con fecha 2 de marzo de 1999 el Consejo presentó escrito de alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos.

5. Declaradas conclusas las actuaciones, el Instructor procedió a redactar el informe previsto en el artículo 37.3 de la Ley 16/1989. En dicho informe, de fecha 10 de marzo de 1999, se propone al Tribunal, entre otros pronunciamientos, que declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1.1 de la LDC, imputable al Consejo General de la Abogacía Española, consistente en la aprobación por dicha entidad, en su Asamblea General de 19 de diciembre de 1997, de un denominado Reglamento de Publicidad, que contiene determinadas prohibiciones y limitaciones según se recogen en el Pliego de Concreción de Hechos.

6. Recibido el expediente en el Tribunal el 12 de marzo de 1999, mediante Providencia de 24 siguiente se acordó, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 LDC, admitir a trámite el expediente y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1 LDC, ponerlo de manifiesto a los interesados para que pudieran solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimaran necesarias.

7. Recibidos los escritos de los interesados, por Auto de 14 de junio de 1999, el Tribunal decidió tener por aportada la prueba documental que obra en el expediente, poner de manifiesto el resultado de la prueba practicada, así como realizar el trámite de conclusiones.

8. Mediante Providencia de 23 de julio de 1999 el Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41.1 LDC, puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formulasen conclusiones.

9. Los interesados evacuaron el trámite. El denunciante reiteró que el Reglamento sobre la publicidad infringe lo dispuesto en el artículo 1 LDC al establecer una serie de normas que restringen la libre competencia entre abogados, infringiendo también lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley General de Publicidad, siendo contrario además al espíritu liberalizador de la Ley 7/1997.

Por su parte, el Consejo de la Abogacía, en esencia, alegó que:

— La única finalidad del Reglamento objeto del expediente es la ordenación del ejercicio de la profesión de abogado en el aspecto concreto de su publicidad y que la regulación que contiene se dirige a preservar la ética y dignidad profesional y a proteger los intereses de la colectividad a la que sus servicios van destinados. Por lo tanto, la normativa que contiene está aprobada en el ejercicio de la función pública de ordenación de la profesión encomendada por la ley y no está incluida en el artículo 1 LDC, correspondiendo a la jurisdicción contencioso-administrativa decidir si el ejercicio de las funciones conferidas ha sido o no acorde con la Ley que le encomendó esa función pública.

— El Consejo, en ejercicio de una función pública encomendada por la Ley, ha actuado únicamente como regulador y no como operador económico, pues, la posible incidencia en el mercado no implica su actuación como operador económico, siendo ésta de escasa importancia.

10. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este expediente en su sesión del día 2 de diciembre de 1999, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.

11. Son interesados:

— El Consejo General de la Abogacía Española.
— Don Javier Benito Jiménez.

HECHOS PROBADOS

1. El Consejo General de la Abogacía Española es el supremo órgano rector de la profesión, según establece el Estatuto General de la Abogacía (aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio).

2. El 19 de diciembre de 1997 la Asamblea General de dicho Consejo aprobó un denominado «Reglamento de Publicidad», con efectos desde el 1 de enero de 1998, según recogía su Disposición final.

3. Dicho Reglamento establece las condiciones en que los abogados pueden realizar publicidad de sus servicios, fijando una serie de prohibiciones y limitaciones en cuanto al contenido de la información, y a los medios soporte de la misma, así como el requisito de una autorización por parte de la Junta de Gobierno para llevar a cabo determinada publicidad.

4. El régimen colegial aplicable al contenido de la publicidad se regula en el Capítulo III del Reglamento, cuyo artículo cuarto establece una serie de prohibiciones y, entre ellas, dispone que «*la información publicitaria facilitada por el abogado no podrá:*

> *… hacer referencia a la retribución de los servicios profesionales*» (artículo 4.4).
>
> «*… incluir fotografías, iconografías o ilustraciones, excepción hecha de los logotipos autorizados por la Junta de Gobierno*» (artículo 4.8).

5. El artículo quinto del Capítulo IV del Reglamento, dedicado al soporte de la información publicitaria, impone las siguientes limitaciones:

> «*1. Se establecen como soportes de la información objetiva, exclusivamente, los que a continuación se relacionan:*
>
> *Revistas, folletos, diarios, boletines, cualquier medio de prensa gráfica, guías y publicaciones. Las dimensiones del anuncio no podrán superar el espacio de media página. La frecuencia máxima con la que un abogado o un despacho de abogados se podrá anunciar en cualquiera de estos medios será de una vez a la semana, y el abogado o el despacho no podrá aparecer más de una vez en un mismo número publicado.*
>
> *Igualmente será soporte admitido el internet, infovía y correo electrónico. (…)*» (artículo 5.1).
>
> «*2. Las placas o rótulos de la actividad profesional, se colocarán adosadas a las paredes o puertas de entrada en los edificios y pisos, (y) tendrán unas dimensiones máximas de 0,50x0,35 m.*
> *(…)*
>
> *Se prohíben los rótulos y letreros luminosos, así como los situados en marquesinas, balcones u otras zonas de fachadas que no cumplan lo establecido anteriormente*» (artículo 5.2).

El empleo de soportes publicitarios distintos de los establecidos en este Capítulo IV es considerado como «infracción deontológica» por el artículo 7.2 del Reglamento.

6. El Capítulo V del Reglamento, dedicado a «Actos lícitos y Actos prohibidos por la normativa», en el artículo sexto considera, entre otros, «actos lícitos dentro del marco de la publicidad:

> *(…)*
>
> *4. Envíos postales informativos o cartas genéricas conteniendo exclusivamente la información objetiva, previa autorización de la Junta de Gobierno del Colegio, (…)*» (artículo 6.4).
>
> «*5. La publicación de la condición de abogado en guías telefónicas, de fax, télex o análogas, con caracteres normales y dimensiones máximas de 5 cm x 1 cm como también en la guías profesionales nacionales o extranjeras editadas con esta finalidad*» (artículo 6.5).

7. El Capítulo VI del Reglamento se refiere a las actividades publicitarias sometidas a autorización por la Junta de Gobierno, entre las que se cuentan, según dispone el artículo octavo:

> «*La edición de folletos publicitarios sobre las características del despacho o ejercicio profesional*» y «*la edición de circulares informativas (…)*» (artículo 8).

8. Finalmente, la Disposición adicional primera del Reglamento enumera las consideradas «*materias o áreas de ejercicio preferente*» *que podrán incluirse en la publicidad que realice el profesional, "previa comunicación y aprobación de la Junta de Gobierno del Colegio*» *(artículo 3.5), quedando limitadas «hasta un número máximo de tres por abogado (…)".*»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El contenido del Reglamento de Publicidad y su aprobación por la Asamblea General del Consejo General de la Abogacía Española el 19 de diciembre de 1997 es un hecho acreditado que no ha sido discutido, por lo que las alegaciones realizadas son exclusivamente jurídicas.

El Consejo de la Abogacía alega, en esencia, que el citado Reglamento se aprobó en el ejercicio y cumplimiento de funciones públicas expresamente encomendadas por la Ley y, en concreto, la de ordenación del ejercicio de la actividad profesional, encargada a los Colegios por el artículo 5.i) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, y a los Consejos Generales por el artículo 9.1.a) de la misma, en cuanto tengan ámbito o repercusión nacional. Por ello, considera que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa decidir si el ejercicio de las funciones conferidas ha sido o no acorde con la Ley.

En relación con la falta de competencia del Tribunal para examinar y decidir sobre la denuncia, es doctrina consolidada —contenida, entre otras muchas, en sus Resoluciones de 20 de noviembre de 1992 (Expediente 313/92, Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro), de 30 de diciembre de 1993 (Expediente 333/93, PLACONSA), de 28 de julio de 1994 (Expediente 339/93, COAM), de 26 de julio de 1995 (Expediente r 122/95, Cirujanos Taurinos), de 25 de junio de 1996 (Expediente r 160/96, Aparejadores de Madrid), de 5 de junio de 1997 (Expediente 372/96, Arquitectos de Madrid) de 8 de mayo de 1998 (Expediente 390/96, Arquitectos Asturias) y de 23 de noviembre de 1999 (Expediente 445/98, Colegio Ingenieros Técnicos Industriales Burgos)— su competencia para analizar las conductas de los Colegios Profesionales en el ámbito de las competencias que éstos tienen atribuidas, pues la LDC es una Ley de ámbito general, sin excepciones sectoriales, que obliga a todos los sujetos públicos y privados y ha de ser respetada por todos ellos en sus actuaciones.

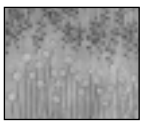
Aunque el Tribunal no tiene autoridad para revisar los «actos administrativos» de un Colegio Profesional frente a sus colegiados, que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, es el único órgano que la tiene (bajo el oportuno control jurisdiccional) para analizar si un acto de un Colegio Profesional, o de cualquier otra institución que tenga delegadas funciones públicas, es un genuino acto de naturaleza administrativa y al margen del

tráfico mercantil, por lo que no puede ser analizado de acuerdo con la LDC o, por el contrario, se trata de una actuación como operador económico que restringe la competencia al infringir lo dispuesto en la LDC. Por tanto, no puede alegarse una incompetencia de tipo previo, pues corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia analizar el caso para resolver si la conducta realizada constituye un acto de naturaleza administrativa de los Colegios Profesionales que queda al margen de las prohibiciones de la LDC y si existe o no autorización legal.

En este sentido se ha pronunciado la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en sentencia de 12 de noviembre de 1997, en relación con el recurso del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro contra la Resolución de este Tribunal de fecha 20 de noviembre de 1992 antes mencionada (recurso número 6/331/1994), que confirma dicha Resolución, declarándola ajustada a derecho.

Por otra parte, el artículo 5.2 de la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y Colegios Profesionales (resultado de la tramitación parlamentaria del Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, del mismo nombre), introdujo diversas modificaciones en la Ley 2/1974 reguladora de los Colegios Profesionales cambiando, entre otros, el artículo 2.1 que con la actual redacción dice que «El ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal». Más concretamente, por lo que se refiere al presente expediente, ha añadido en la Ley 2/1974 un nuevo apartado 4 en el artículo 2, que establece lo siguiente:

«Los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica, observarán los límites del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el artículo 3 de dicha Ley».



Dado que el acuerdo objeto de este expediente se tomó el 19 de diciembre de 1997, estaba en vigor la Ley 7/1997, resultando esencial el valorar si el denominado «Reglamento de Publicidad» acordado tiene «trascendencia económica» (y, por tanto, debería observar los límites del artículo 1 LDC) o, por el contrario, se trata de una actuación de ordenación de la actividad profesional de los colegiados que carece de dicha trascendencia (por lo que no infringiría el artículo 1 LDC).

La respuesta a esta cuestión es evidente: es indudable que el establecer condiciones para realizar la publicidad de unos servicios, imponiendo una serie de prohibiciones y limitaciones en cuanto al contenido de la información y medios soporte de la misma, como los que figuran en los hechos probados tiene trascendencia económica. Precisamente el principal objetivo de la publicidad es influir sobre la demanda de productos y servicios, como medio para aumentar los ingresos de quien la realiza, por lo que juega un papel crecientemente importante en la actividad económica. De hecho, puede decirse que actualmente no es concebible una economía de mercado sin publicidad y que ésta es un elemento inherente a la misma.

Por tanto, aunque la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, encomienda a éstos la ordenación de la actividad profesional de los colegiados en el ámbito de su competencia [artículo 5.i)], resulta innegable la trascendencia económica que tiene para los profesionales el que los servicios que ofertan puedan ser conocidos y, desde esta perspectiva, cualquier decisión o acuerdo sobre publicidad de la profesión tomada por el supremo órgano rector de la misma, como es el Consejo General, cae de lleno dentro del ámbito del nuevo artículo 2.4 de la Ley 2/1974 antes citado, que exige la adecuación de dicha decisión o acuerdo a los límites del artículo 1 de la LDC o su eventual autorización por el Tribunal.

2. El artículo 1 de la LDC dispone que: *«1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional (…)».*

El artículo 4 del Reglamento objeto del expediente establece que la publicidad facilitada por el abogado no podrá hacer referencia a la retribución de los servicios profesionales (artículo 4.4) ni incluir fotografías, iconografías o ilustraciones (excepción hecha de los logotipos autorizados por la Junta de Gobierno) [artículo 4.8], lo que constituye una restricción de la competencia dado que los honorarios profesionales perdieron, en virtud de la Ley 7/1997, su carácter vinculante u obligatorio y que, el facilitar el conocimiento de los mismos a los consumidores, es algo, como se ha dicho, consustancial a la libre competencia y de poco sirve liberalizar el precio de los servicios profesionales si no se pueden dar a conocer a través de la publicidad. Asimismo, las fotografías, iconografías e ilustraciones pueden transmitir información relevante para los clientes de los servicios y es legítimo que cualquier empresario o profesional pueda incluirlas en su publicidad.

El artículo 5 del Reglamento, referido al soporte de la información, establece cuáles son los únicos permitidos y señala que: las dimensiones del anuncio en las publicaciones periódicas no puede superar la media página, la frecuencia máxima con la que pueden anunciarse los abogados en ellas es de una vez a la semana, y que un abogado o despacho no puede aparecer más de una vez en un mismo número (artículo 5.1); además, *«las placas o rótulos de la actividad profesional, se colocarán adosadas a las paredes o puertas de entrada en los edificios y pisos, tendrán unas dimensiones máximas de 0,50x0,35 m».*

«Se prohíben los rótulos y letreros luminosos, así como los situados en marquesinas, balcones u otras zonas de fachadas que no cumplan lo establecido anteriormente» (artículo 5.2).

Las anteriores normas suponen restricciones injustificables a la libre iniciativa de los profesionales, así como el que no se permita como soporte de la publicidad otros medios, como la televisión, la radio o el vídeo, pues los abogados tienen legítimo derecho a hacer uso de los mismos.

El artículo 6 considera lícitos los *«envíos postales informativos o cartas genéricas conteniendo exclusivamente la información objetiva, previa autorización de la Junta de Gobierno del Colegio, (…)»* (artículo 6.4) y *«la publicación de la condición de abogado en guías telefónicas, de fax, télex o análogas, con caracteres normales y dimensiones máximas de 5 cm x 1 cm como también en la guías profesionales nacionales o extranjeras editadas con esta finalidad»* (artículo 6.5). Sin embargo, el establecer la necesidad de autorización previa de la Junta de Gobierno del Colegio de los llamados *«mailing»* y el limitar las dimensiones del texto en guías telefónicas o similares supone restricciones adicionales a la libre competencia entre abogados.

Por otra parte, el artículo 8 establece los casos en que se requiere autorización previa de la Junta de Gobierno, obligación que este Tribunal considera asimismo restrictiva de la competencia, pues los abogados son operadores económicos que, como el resto, deben tener autonomía plena en sus actuaciones con trascendencia económica, lógicamente con las limitaciones del marco legal vigente.

Finalmente, la Disposición adicional primera del Reglamento que enumera las consideradas «materias o áreas de ejercicio preferente» que podrán incluirse en la publicidad que realice el profesional, *«previa comunicación y aprobación de la Junta de Gobierno del Colegio»* (artículo 3.5), quedando limitadas *«hasta un número máximo de tres por abogado (…)»* supone otra restricción de la libre competencia.

A la vista de lo anteriormente expuesto, el Reglamento de Publicidad aprobado por el Consejo General de la Abogacía infringe lo dispuesto en el artículo 1 LDC al ser un acuerdo que tiene por objeto y produce el efecto de restringir la competencia entre abogados al incluir los artículos antes mencionados, que figuran en los puntos 4.º, 5.º, 6.º, 7.º y 8.º del apartado de Hechos Probados, y que suponen restricciones en las posibilidades de competencia entre operadores, en este caso los profesionales de la

abogacía, que ven limitadas e incluso prohibidas por el Consejo General de la Abogacía determinadas formas o canales para darse a conocer y ofertar sus servicios a los potenciales usuarios de los mismos. Tal restricción no actúa sólo en detrimento de los consumidores, sino que también constituye una barrera de entrada para nuevos profesionales y limita la posible expansión de aquellos abogados que estén dispuestos a buscar formas más activas de darse a conocer.

3. El artículo 10 LDC, en relación con el 46.2.d) de la misma, faculta al Tribunal para imponer multa a los agentes económicos que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto, entre otros preceptos, en el artículo 1 LDC. Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta, por una parte, que en el artículo 10.1 se establece el límite máximo de la capacidad sancionadora del Tribunal que, por lo que respecta a las personas jurídicas u operadores económicos que no tienen cifras de negocios, asciende a 150 millones de pesetas; y, por otra, que en el número 2 del citado artículo se establecen los criterios a tener en cuenta para la determinación de la multa, sujeta lógicamente al límite anterior.

Teniendo en cuenta dichos criterios, en especial la modalidad y alcance de la práctica infractora que se ha acreditado en este expediente (el Reglamento objeto del expediente constituye una pretensión de anular la decisión autónoma y libre de los profesionales de la abogacía en un aspecto importante en relación con la competencia entre ellos como es la forma de dar a conocer sus servicios a los posibles clientes), que el mercado potencialmente afectado es el de los servicios profesionales de los abogados y abarcaría todo el territorio nacional y que la duración de la práctica puede estimarse desde el 1 de enero de 1998 hasta la actualidad, se estima adecuado fijar la multa en treinta millones de pesetas.

El Tribunal considera que, por razones de ejemplaridad, hay que dar a la presente Resolución una amplia difusión. Así pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.5 de la LDC, el Tribunal ordena la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de dos diarios nacionales de información general a costa del Consejo General de la Abogacía.

Asimismo, el Tribunal, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.2 LDC considera oportuno ordenar a dicho Consejo que dé traslado de la parte dispositiva de esta Resolución a todos los colegiados, en los Colegios Profesionales miembros de dicho Consejo en el plazo de un mes.

VISTOS los preceptos citados y los demás de aplicación, este Tribunal

HA RESUELTO

Primero. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una práctica prohibida por el apartado 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, imputable al Consejo General de la Abogacía Española, consistente en la aprobación por dicha entidad, en su Asamblea General de 19 de diciembre de 1997, de un denominado Reglamento de Publicidad que contiene prohibiciones y limitaciones restrictivas de la competencia en cuanto al contenido de la información y a los medios soporte de la misma.

Segundo. Intimar al citado Consejo, como autor de la práctica declarada prohibida, para que cese en la realización de la misma y que en lo sucesivo se abstenga de adoptar decisiones semejantes a la anterior.

Tercero. Imponer al Consejo General de la Abogacía Española una multa de treinta millones de pesetas.

Cuarto. Ordenar al citado Consejo dar traslado del texto íntegro de esta Resolución a todos los colegiados en los Colegios Profesionales miembros de dicho Consejo en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.

Quinto. Ordenar la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de dos diarios de información general de ámbito nacional, a costa del Consejo General de la Abogacía Española.

Sexto. La justificación de lo ordenado en los apartados anteriores deberá hacerse ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber a éstos 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. 450/99 Polvorines)

■ **En Madrid, a 26 de enero de 2000**

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Señor Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 450/99 (892/92 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado como consecuencia de denuncia de Ibernobel, S.A. y Compañía Auxiliar de Voladuras, S.A. contra Unión Española de Explosivos, S.A. por supuestos actos de abuso de posición de dominio.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El expediente fue iniciado como consecuencia de denuncia presentada el día 1 de diciembre de 1992 por Don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, en nombre y representación legal de las entidades Ibernobel, S.A. y de Compañía Auxiliar de Voladuras, S.A., en adelante (CAVOSA), contra la entidad Unión Española de Explosivos, S.A., en adelante (UEE).

Los denunciantes imputaron a UEE conductas que suponían la infracción de los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. En su denuncia solicitaron que se declarara:

1.º) Que amén de la existencia de un monopolio de hecho en la fabricación y una posición dominante en el sector de la distribución de explosivos industriales, se declarara acreditada la existencia de las siguientes prácticas prohibidas por la LDC:

— La primera, por el artículo 6.1 de la que es autora UEE y consistente en la explotación abusiva de su posición dominante en la totalidad del mercado nacional.

— La segunda, prohibida por los artículos 1 b) y 1 c) de la que también es autora la denunciada, por llegar a acuerdos con distribuidores independientes consistentes en limitar y controlar la producción, la distribución y el desarrollo técnico, así como en el reparto del mercado y de las fuentes de aprovisionamiento.

— La tercera, prohibida por el artículo 1 e) de la LDC por cuanto UEE, abusando de su posición dominante, estaba obligando y subordinando la celebración de los contratos de compraventa de los polvorines, y subsiguiente arrendamiento, a la aceptación suplementaria —que nada tiene que ver con el acuerdo principal— de la compra en exclusiva de los productos explosivos fabricados por ella.

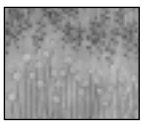
— La cuarta, consistente en que UEE impone a los distribuidores independientes no firmantes de los contratos referidos, unas condiciones discriminatorias frente a los que sí han firmado los acuerdos, eliminando así elementos esenciales y diferenciadores entre los oferentes: se les ofrecen bonificaciones especiales en la adquisición de los productos, medios humanos y económicos, sistemas de pago ventajosos, etcétera. Estas prácticas —según los denunciantes— están prohibidas por la LDC en los artículos 1 d) y 6, porque colocan a unos distribuidores en situación desventajosa frente a otros, y porque imponen condiciones comerciales no equitativas entre los competidores.

— La quinta, prohibida por los artículos 6.2 a) y 6.2 d), en relación con el 6.2 b), de la que también es autora la denunciada, consistente en fijar de forma directa e indirecta, los precios de compra, venta y otras condiciones de la transacción a los consumidores finales, aplicándoles distintas bonificaciones, o suprimiéndola, sin justificación alguna.

— La sexta, prohibida por el artículo 6.2 b), por cuanto UEE, con los acuerdos firmados, limita la producción, la distribución y el desarrollo técnico de los productos, con perjuicio injustificado de los consumidores finales de explosivos.

— La séptima, en relación con el artículo 6 c) de la Ley, por cuanto, además de ser la única empresa fabricante en España, se ha negado a satisfacer a los distribuidores que no han firmado contratos de exclusividad, las demandas de compras de sus productos.

2. Con fecha 18 de enero de 1993 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó la admisión a trámite del expediente.



SECCION JURIDICO-ECONOMICA

3. Con fecha 4 de marzo de 1997, el Servicio propuso el sobreseimiento parcial del expediente en lo que se refería al artículo 1 de la LDC, considerando que la doctrina del TDC aconsejaba esta decisión.

4. Con fecha 31 de octubre de 1997 el servicio formuló Pliego de Cargos.

5. Con fecha 21 de enero de 1999 el instructor formuló su Informe-Propuesta en el que se formulaban los siguientes cargos:

1) Infracción del artículo 6.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, por tratar de cerrar el mercado de la distribución de explosivos.

2) Infracción del apartado a) del artículo 6.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, por la imposición a los distribuidores de explosivos en los contratos de exclusividad de condiciones no equitativas.

3) Infracción del apartado b) del artículo 6.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, por la discriminación en las condiciones comerciales y de pago a los distribuidores de explosivos en función de que firmaran el acuerdo de distribución exclusiva o mantuvieran su independencia.

6. Con fecha 14 de abril de 1999 el expediente fue admitido a trámite en este Tribunal, nombrándose Vocal Ponente a Don Luis Martínez Arévalo.

7. Con fecha 29 de julio de 1999 el Tribunal dictó Auto por el que se admitían una serie de pruebas documentales y testificales propuestas por UEE; la representación de Ibernobel se había dirigido previamente al Tribunal señalando que, al encontrarse aportados todos los antecedentes necesarios, no resultaba necesario proponer prueba alguna. En cuanto a la prueba pericial propuesta por UEE, el Tribunal, tras llevar a cabo los trámites oportunos, decidió denegar dicha prueba.

8. La prueba testifical, inicialmente prevista para el 7 de setiembre de 1999, y que hubo de ser suspendida al comprobarse que las empresas Ibernobel y CAVOSA no habían recibido la notificación realizada mediante el Servicio de correos, fue realizaba finalmente el 27 de setiembre de 1999.

9. Tras la celebración de esos trámites y concedido plazo para la celebración de conclusiones, Ibernobel alega en esencia:

— que los contratos, suscritos por UEE tenían por objeto obstaculizar el acceso de Ibernobel, empresa de reciente creación, al mercado;

— que, de los 62 depósitos existentes en España, un total de 40 ha quedado situado en la órbita de UEE;

— que la política de distribución seguida por UEE en los primeros años de la década de los noventa tuvo un impacto muy negativo sobre la fabricación y distribución de explosivos de uso civil;

— que en la prueba testifical realizada quedó demostrada la falta de objetividad e imparcialidad de los testigos propuestos, cuyo negocio depende esencialmente de los suministros de UEE;

— que las cláusulas de exclusividad contraídas en los acuerdos suscritos por UEE fueron efectivamente aplicadas y que las bonificaciones acordadas a los distribuidores constituían auténtica contrapartida de dichas cláusulas;

Por su parte UEE alega en esencia:

— que el expediente ha caducado;

— que la compra de los depósitos y posterior arrendamiento al propietario pueda considerarse una operación de concentración, extremo que dio lugar a una consulta por parte del instructor del expediente a la Subdirección General de Concentraciones, organismo que —apremiado por la expiración del plazo de cinco años de que disponía para incoar el expediente— contestó de forma negativa, sin ofrecer ningún tipo de razonamiento;

— que no existen barreras de entrada en el negocio de distribución de explosivos;

— que, en 11 de los 15 contratos, la formalización de la escritura pública no tuvo lugar, por lo que la operación de compra del depósito y su ulterior arrendamiento en exclusiva no tuvo lugar, motivo por el que el intento de cerrar el mercado, caso de existir, hubiera quedado en simple tentativa;

— que la bonificación efectuada por UEE a los distribuidores que aceptaron las cláusulas de exclusiva suponían una contrapartida por las obligaciones aceptadas y no un trato discriminatorio.

10. El Tribunal deliberó y falló en su sesión plenaria de fecha 19 de enero de 2000, encargando la redacción de la presente Resolución al Vocal Ponente.

11. Son interesados:

— IBERNOBEL, S.A.
— COMPAÑIA AUXILIAR DE VOLADURAS, S.A.
— UNION ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, S.A.

HECHOS PROBADOS

1. La distribución de los productos objeto de la denuncia se realiza por medio de los llamados *depósitos comerciales*, que los alma-

cenan en los denominados *polvorines*, para su posterior venta a terceros.

Los productos de UEE se distribuyen por medio de sus propios *depósitos comerciales* y por medio de un sistema de distribución que, en esquema, está compuesto de la siguiente manera:

a) Distribuidores independientes.

b) Aquellos otros distribuidores independientes con los que UEE celebró contratos de compraventa y arrendamiento del negocio con compra exclusiva de sus depósitos comerciales —quince en total—.

Las fechas de las quince adquisiciones fueron las siguientes:

- una, el día 9 de diciembre de 1986;
- una, el día 22 de julio de 1991;
- una, el día 23 de julio de 1991;
- una, el día 24 de julio de 1991;
- cinco, el día 25 de julio de 1991;
- una, el día 31 de octubre de 1991;
- una, el día 1 de noviembre de 1991;
- una, el día 28 de noviembre de 1991;
- una, el día 1 de diciembre de 1991;
- una, el día 12 de diciembre de 1991;
- y una, el día 2 de marzo de 1992.

c) Un grupo de cinco distribuidores independientes que han suscrito un contrato de compra en exclusiva con UEE, sin cesión de la propiedad de los depósitos. Las fechas de los contratos fueron las siguientes:

- uno, el día 1de junio de 1994;
- uno, el día 17 de septiembre de 1994;
- dos, el día 20 de septiembre de 1994;
- y uno, el día 9 de noviembre de 1994.

La empresa Ibernobel, S.A. fue constituida el 21 de octubre de 1991, su objeto social con el de la fabricación y distribución de explosivos; en agosto de 1994 recibió permiso para iniciar la actividad productiva en su fábrica de Valdeón (León).

2. Los quince acuerdos de compraventa, arrendamiento de negocio y de compra exclusiva se estructuran en Acuerdos *Marco* por los que UEE adquiere, por compraventa, la propiedad de los Depósitos. Estos Acuerdos van seguidos de Anexos que contienen las Cláusulas de los Contratos de Arrendamiento de Negocio y de los Contratos de Compra en Exclusiva.

Los Acuerdos *Marco* celebrados con cada uno de los quince distribuidores, contienen, entre otras cláusulas, las siguientes:

a) La *venta* por precio cierto a UEE del Depósito Comercial. Según el Acuerdo,

Por el presente ACUERDO, y en este acto, DISTRIBUIDOR *vende a UEE, que compra, los bienes que integran el Depósito Comercial de Explosivos de* LOCALIDAD*, libres de cargas y gravámenes, …, bajo las siguientes condiciones:*

1. ***Precio.*** *Como precio único y total de la citada compraventa, se fija la cantidad de* IMPORTE *…*

2. ***Forma de pago****. El precio referido en el Apartado 1 anterior, se satisfará por UEE en el momento de la formalización de la compraventa en escritura pública.*

3. ***Formalización.*** *El Contrato de Compraventa, se elevará a escritura pública, una vez notificado al Gobierno Civil de* PROVINCIA *el contenido del presente ACUERDO y, en todo caso, dentro del plazo de* DIAS *desde la fecha de solicitud por parte de UEE, para llevar a cabo tal formalización …*

b) La *cesión en arrendamiento* a su antiguo propietario de la unidad industrial que conforma el Depósito. Según el Acuerdo,

En la misma fecha de formalización de la escritura pública de compraventa, …, UEE cederá en arrendamiento, a DISTRIBUIDOR*, los bienes inmuebles e instalaciones, objeto de la citada compraventa, que constituyen la unidad industrial que conforma el* DEPOSITO *bajo las condiciones previstas en esta Estipulación,* fijándose al efecto una renta periódica y un período de duración:

El plazo del arrendamiento se fija —en trece de los quince contratos— en quince años prorrogables automática y sucesivamente por períodos de cinco años, salvo denuncia. En uno de los contratos se fija su duración en cinco años, prorrogables automáticamente por períodos iguales hasta quince años. El contrato celebrado en 1986, en el que no se expresó duración del contrato, fue denominado de «Explotación del Depósito Comercial» y no de Arrendamiento, como el resto.

El contrato prevé la formalización mediante escritura pública, al incluir la siguiente cláusula:

El Contrato de Arrendamiento se elevará a Escritura Pública, en la misma fecha de formalización, en Escritura Pública, del Contrato de compraventa del DEPOSITO.

c) Una *cláusula de exclusividad* por la que el arrendatario, en catorce de los quince Acuerdos, adquiere el compromiso de almacenar, distribuir y comprar, única y exclusivamente, los productos fabricados o comercializados por UEE o, en su caso, los de la entidad que UEE pueda designar en el futuro, o cualquier otro producto que UEE autorice expresamente. El compromiso abarca todo el territorio español.

El contrato celebrado el 9 de diciembre de 1986 contiene una peculiaridad respecto de los demás que consiste en que el compromiso de exclusividad adquirido por el distribuidor se limita a tres provincias, comprometiéndose UEE, por su parte, a no suministrar en el citado ámbito territorial productos a ningún otro expendedor en iguales o mejores condiciones. En el resto del territorio, el distribuidor es considerado como simple expendedor, aplicándose las condiciones usuales que, en cada momento, tenga establecidas el fabricante.

La fecha de entrada en vigor de los contratos de compra en exclusiva se fija en la del otorgamiento en escritura pública del Contrato de Arrendamiento del Depósito.

Este contrato de exclusividad se fija —como los arrendamientos— por períodos de la siguiente duración:

En catorce de las quince ocasiones se pacta por un período de cinco años contados desde la entrada en vigor del Contrato de Arrendamiento, comprometiéndose las partes, *salvo que medie causa legal que lo impida*, a prorrogar automáticamente el Contrato por períodos iguales y sucesivos de cinco años hasta completar una duración contractual de quince años. Transcurrido este plazo de quince años, el Contrato se prorrogará automáticamente por períodos iguales y sucesivos de otros cinco años, salvo denuncia expresa de cualquiera de las partes, que deberá comunicarlo a la otra, por escrito con seis meses de antelación a la fecha de vencimiento de cualquiera de sus prórrogas.

El otro contrato, celebrado en el año 1986, se fijó por una duración indefinida.

d) Catorce de los quince contratos contienen una cláusula por la que UEE se compromete a aplicar unas bonificaciones que varían entre el 7 y el 11 por 100 de los respectivos contratos.

e) En catorce de los quince contratos, las cláusulas de resolución del contrato de arrendamiento contiene siguientes motivos:

— Por *el simple incumplimiento del deber de exclusividad.*

— Por el *incumplimiento reiterado por parte de UEE, de la*

obligación de suministrar al distribuidor, *los productos explosivos que aquella fabrique y/o comercialice en cada momento.*

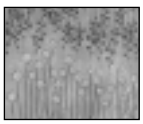
— *Por la denuncia expresa de cualquiera de las partes, con una antelación mínima de seis meses, al vencimiento de su duración inicial, o de cualquiera de sus prórrogas. En el caso de que fuera UEE quien denunciara expresamente el Contrato, y* el Distribuidor *no hubiera incumplido las «Bases Contractuales» … UEE se compromete a vender* al Distribuidor *a partir de la fecha de denuncia anteriormente indicada, los bienes e instalaciones que integren en ese momento el DEPOSITO, en los términos previstos en la Estipulación* (…número de la estipulación) *del ACUERDO.*

Esta estipulación, a la que se hace referencia en el contrato, dice lo siguiente:

Si durante la vigencia de los Contratos de Arrendamiento y Compra en Exclusiva o de cualquiera de sus prórrogas, dejara de utilizarse, como tal, el DEPOSITO, en su actual ubicación, como consecuencia de la denuncia expresa, por UEE, de dichos Contratos —sin que el Distribuidor *hubiera incumplido los compromisos que constituyen las «Bases Contractuales» de ambos Contratos—, UEE se compromete a vender a* Distribuidor *los bienes inmuebles e instalaciones, que integren en tal momento, el Depósito.*

El precio de la venta, será de Cantidad, *más el incremento o decremento acumulado que, sobre la cantidad anteriormente indicada, resulte de aplicar los sucesivos Indices de Precios de Consumo que fije el Instituto Nacional de Estadística (u organismo que lo sustituya), con carácter anual, computándose los períodos anuales, desde la firma del presente ACUERDO, hasta la fecha de venta, por parte de UEE a* Distribuidor, *de los referidos bienes e instalaciones, que integran el DEPOSITO.*

Para el ejercicio del derecho previsto en la presente Estipulación, UEE dirigirá carta certificada a Distribuidor, *comunicándole su disposición de vender los bienes que integran el DEPOSITO, en el precio calculado en la forma anteriormente indicada.* Distribuidor *debe manifestar su voluntad de comprar o no los repetidos bienes, dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción de la carta de UEE; si no lo hiciese en el indicado plazo, se entenderá que* Distribuidor *desiste definitivamente de dicha compra, quedando UEE en libertad de vender tales bienes, en la forma y tiempo que considere convenientes.*



SECCION JURIDICO-ECONOMICA

f) La mayoría de los contratos contiene una cláusula que alude a la fijación de una política comercial conjunta mediante el siguiente texto:

Durante la vigencia del presente Contrato, o cualquiera de sus prórrogas, las partes podrán mantener las conversaciones oportunas, para definir, conjuntamente, la política comercial más adecuada a sus respectivos intereses, en cada momento.

g) UEE celebró *cinco nuevos contratos de compra en exclusiva* con otros tantos Distribuidores comerciales en el período de cuatro meses y nueve días que media entre el 1 de junio de 1994 y 9 de noviembre de 1994. La celebración de estos contratos, no fue precedida de adquisición alguna. En ellos figuraban, entre otras, las siguientes cláusulas:

— *Exclusividad.* El distribuidor se compromete a adquirir, almacenar y comercializar, única y exclusivamente, los productos explosivos y accesorios que fabrique o comercialice UEE. En consecuencia, el distribuidor renuncia a fabricar, adquirir, almacenar y comercializar, por sí o por persona física o jurídica interpuesta, cualquier producto explosivo y accesorio fabricado o comercializado por firmas distintas a UEE; esta renuncia se entiende expresamente referida a todo el territorio español.

— *Condiciones Comerciales.* UEE practica a estos distribuidores unas condiciones comerciales que, tanto por lo que respecta a bonificaciones como a condiciones de venta, coinciden en cuatro de los cinco casos:

• Bonificaciones del 6 por 100 en cuatro casos y del 5 por 100 en el quinto, condicionadas en todos ellos a la venta dentro del ámbito operativo en el que venían actuando hasta la celebración de los contratos.

• Pago a noventa días en cuatro casos y a sesenta en uno.

— *Duración:*

• Cuatro de los contratos se pactan por períodos de duración de cinco años, sin que se haya fijado prórroga de ningún tipo. En estos cuatro contratos se fija una penalización al distribuidor, para el caso de incumplimiento del compromiso de exclusividad, por unas cantidades que oscilan entre cuarenta y diez millones de pesetas en función del año en que se produzca el incumplimiento.

• El otro contrato se pacta por el período de un año desde su firma, entendiéndose *tácitamente* prorrogado por períodos de un año, contados desde la fecha de expiración de la vigencia contractual, o de cualquiera de sus prórrogas, salvo denuncia expresa de cualquiera de las partes, que deberá comunicarse con dos meses de antelación.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

Estos planteamientos son coherentes con la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de mayo de 1999, en la que se concluye que no son aplicables los plazos que con carácter general se establecen para la tramitación de los expedientes sancionadores, existe un claro interés público que no puede verse afectado por la caducidad y que la sanción impuesta no resulta anulable.

2. UEE alega que la operación de compra de una serie de polvorines constituye una operación de concentración económica en virtud de la definición del artículo 3 del Reglamento CEE 4064/89. De ser correcta tal alegación, sería necesario pronunciarse sobre si dicha operación quedaba, a pesar de mediar un expediente sancionador sobre los mismos hechos, afectada por el plazo de caducidad previsto en el artículo 11 del Real Decreto 1080/1992. Estos aspectos deben juzgarse a la luz de la redacción de los artículos 14 y 15 de la LDC vigente en el período de tiempo en que tuvieron lugar los actos objeto del expediente y del citado Reglamento CEE 4064/89. El artículo 14 de la LDC rezaba:

«*Todo proyecto u operación de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas por parte de otra persona, empresa o grupo de empresas, siempre que afecte o pueda afectar al mercado español y especialmente mediante la creación o reforzamiento de una posición de dominio, podrá ser remitido por el Ministro de Economía y Hacienda al Tribunal de Defensa de la Competencia para su informe:*

a) Cuando se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 25 por 100 del mercado nacional, o de una parte sustancial del mismo, de un determinado producto o servicio, o

b) Cuando la cifra del volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 20.000.000.000 de pesetas.»

El artículo 11 del Real Decreto 1080/1992, que se encuentra incluido en la sección 2, denominada *Iniciación de oficio, (y lleva el subtítulo) Plazo para el ejercicio del control*, reza así:

«*Plazo para el ejercicio del control. La facultad del Ministro de Economía y Hacienda para someter las concentraciones económicas al control previsto por el capítulo II del título I de la Ley sólo podrá ejercerse durante el plazo de cinco años, a contar desde que la operación se lleve a efecto.*»

En cuanto al Reglamento CEE 4064/89, su texto es el siguiente:

«*3. Definición de concentración. 1. Existe una operación de concentración:*

a) cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionen; o

b) cuando

— una o más personas que ya controlen al menos una empresa, o

— una o más empresas

mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, adquiera, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de otras varias empresas.»

Si se considera, tal y como se justifica más adelante, que el mercado relevante es el de la distribución de explosivos en nuestro país, UEE rebasaría ampliamente la cuota de mercado del 25 por 100 prevista en el artículo 14 de la LDC, por lo que, de poder ser calificada de acuerdo con su naturaleza como operación de control, serían aplicables las disposiciones relativas a los procedimientos de control mediante notificación voluntaria o iniciación de oficio, previstos en las secciones 1 y 2 del Capítulo II de la Ley.

En cuanto a la naturaleza de dicha operación, es cierto que una empresa (UEE) adquiere elementos del activo (el depósito) de otra empresa (la empresa comercializadora, antigua propietaria del depósito).

Sin embargo, sólo se consideran concentraciones aquéllas operaciones que supongan una modificación permanente de la estructura de control de las empresas partícipes (Reglamento CEE 4064/89 del Consejo, considerando 23). En este sentido las cláusulas de resolución de los contratos que se citan en el apartado e) del HP2 y, en particular, la estipulación que permite la reventa por UEE al distribuidor en caso de denuncia expresa del contrato, confieren a estas operaciones un carácter de provisionalidad e inestabilidad que no permite calificarlas como permanentes y no constituyen, por lo tanto, operaciones de concentración.

Por otra parte, tales adquisiciones no implican control sobre la totalidad o parte de la empresa comercializadora; la empresa comercializadora continúa constituyendo una entidad independiente con capacidad de tomar decisiones propias (y, de hecho, la cláusula 3.2 del Anexo II a los contratos tipo alude a que los distribuidores explotarán *directamente por su cuenta y riesgo y en su propio provecho* el depósito), sin que la alusión vaga a una política comercial conjunta (incluida en la cláusula octava de varios contratos de compra exclusiva) sea suficiente para alterar esa situación. El cambio acaecido en relación con el funcionamiento de la empresa de distribución consiste en que su estructura de activos queda provisionalmente modificada, al no ser ésta ya propietaria de la instalación física en que se almacena la mercancía y que se encuentra enfrentada con obligaciones contractuales nuevas.

El Tribunal entiende que por estos motivos no puede atenderse la

alegación de UEE de que la operación constituye una concentración económica.

3. Los cargos imputados por el Servicio en su Informe-propuesta se concretan, todos ellos, en infracciones del artículo 6 de la LDC, que prohíbe la explotación abusiva por parte de una empresa de la posición de dominio del mercado en que pudiera encontrarse. Ello exige pronunciarse, en primer lugar, sobre la existencia o no de esa posición de domino, lo que requiere previamente determinar el mercado relevante.

Como mercado relevante a efectos del presente expediente ha de entenderse el de la distribución de explosivos en el territorio de la España peninsular. Las acusaciones que se formulan contra UEE en el Informe-propuesta hacen referencia al supuesto intento de cerrar el mercado de distribución de explosivos mediante una serie de actos, entre los que destacan la firma de contratos con un determinado número de distribuidores, contratos que contienen unas cláusulas que se consideran anti-competitivas. A estos efectos, la información contenida en el expediente relativa al monopolio legal en la fabricación de explosivos, del que se benefició UEE hasta principios de los años noventa, tiene un interés indirecto, en la medida en que permite encuadrar las condiciones de base en las que se desarrolló la liberalización del sector y los intentos de las diferentes empresas por desarrollar o fortalecer su posición en los cauces de distribución. Por ello, resulta escasamente relevante la amplia información que en él se contiene en relación con los supuestos problemas que, en su día, pudo tener la empresa Ibernobel a la hora de iniciar el proceso de fabricación de explosivos en nuestro país. Puesto que los problemas que se dilucidan en el expediente hacen referencia a la distribución del producto, el Tribunal considera que esa distribución constituye el mercado relevante.

El ámbito geográfico del mercado relevante es el del territorio español, o, incluso, precisando algo más el problema, el peninsular español. UEE, partiendo de la base de la liberalización del comercio existente en la Unión Europea, alega que el mercado relevante es el europeo. Tal alegación no se sostiene ya que lo que se dilucida en el expediente es la legalidad o no de unas conductas de UEE claramente encaminadas a reorganizar su estrategia comercial en nuestro país, reorganización que se realiza a la luz de las nuevas circunstancias que surgen a raíz de la liberalización de la producción interna y del comercio exterior. En el momento de producirse los hechos, el mercado español se encontraba, como consecuencia de su historial, y posiblemente como consecuencia también de sus características estructurales, claramente segmentado del resto del mercado europeo.

4. Establecido el mercado relevante, es necesario dilucidar si existía una posición de dominio. El Tribunal considera que sí se daba esta situación ya que, UEE disponía de una amplia red propia de distribución y de estrechas relaciones con el resto de los distribuidores existentes en el mercado, que dependían en un grado importantísimo de la citada empresa en cuanto a los suministros del material que intermediaban.

En concreto, la regulación legal se encontraba fuertemente influenciada por razones de seguridad, lo que determinaba que, en virtud de los Reales Decretos 2114/1978, de 2 de marzo, y sus modificaciones plasmadas en los Reales Decretos 829/1980 de 18 de abril, 2288/1981 de 24 de julio y 540/1994 de 25 de marzo, quedasen sometidos a minuciosa reglamentación los aspectos relacionados con la fabricación, el depósito y el comercio de explosivos. Los efectos de esa legislación restrictiva —en términos de crear una situación favorable para la empresa asentada en el mercado— se encontraban plenamente vigentes en el momento de los hechos, aunque la adaptación del Reglamento de explosivos a la normativa comunitaria sobre inversiones extranjeras, en 1994, supuso la apertura de la producción a la inversión extranjera. En el mismo sentido, los obstáculos a la importación han favorecido la segmentación histórica del mercado español frente al comunitario; el mismo Real Decreto de 29 de diciembre de 1992 —que establece en nuestro país el principio de libre circulación de mercancías comunitarias— mantuvo la necesidad de una autorización previa del Ministerio del Interior en relación con la importación de explosivos; sin embargo, dicho trámite administrativo, que hace fundamentalmente referencia a las condiciones técnicas de los explosivos, perdió gran parte de su impacto restrictivo en virtud del principio de homologación administrativa establecido por la Directiva 93/15CEE. Todo ese arsenal legislativo favorecía la situación de dominio que UEE había llegado a ostentar en el momento de los hechos.

5. UEE adoptó una serie de medidas para acrecentar el dominio de la red de distribuidores; tales medidas consistieron en la firma de unos contratos de adquisición de polvorines ligados a unas cláusulas tendentes a asegurarse en el futuro la fuerte presencia de la que ya disponía en el mercado de la distribución. Once de los quince contratos no llegaron a materializarse en escritura pública, pero el objetivo inicial de la operación, de resultas de la cual 40 de los 62 depósitos existentes hubieran quedado incluidos en la zona de influencia de UEE, fue el de obstaculizar la comercialización de productos de posibles competidores. UEE renunció posteriormente, y una vez abierto el expediente, a su intento de imponer las cláusulas de exclusividad; sin embargo, la intención inicial de UEE de obtener un fuerte control de la red de distribución de explosivos existente en aquel momento, con el fin de dificultar la penetración de los futuros competidores parece fuera de toda duda. Dado que su posición era la de dominio del mercado debe entenderse que UEE incurrió en una práctica abusiva, contraria al artículo 6 de la LDC, consistente en una estrategia de cierre del mercado a futuros competidores. En este sentido conviene recordar que el Tribunal ha manifestado reiteradas veces que aquellas empresas monopolísticas que emergen de una situación de mercado previamente sometido a regulación, y recientemente liberalizado, tiene una especial responsabilidad en cuanto al mantenimiento de las incipientes condiciones de competencia en el sector que se liberaliza.

6. Establecida la existencia de una posición de dominio en el Fundamento de Derecho número 4, procede también analizar las imputaciones del Servicio relativas a posibles infracciones de los artículos 6.2., por imposición a los distribuidores de explosivos de condiciones no equitativas en los contratos de exclusividad, y 6.2.b., por la discriminación en las condiciones comerciales y de pago a los distribuidores, en función de que firmaran o no el acuerdo de distribución exclusiva.

A estos efectos el Tribunal considera que los acuerdos entre UEE y las sociedades de distribución tienen un carácter global y deben ser analizados en su conjunto, sin que el hecho de que las estipulaciones relativas al arrendamiento en exclusiva del depósito y el de compra en exclusiva se desarrollen en anexos separados del cuerpo principal del acuerdo altere tal apreciación. El posible desequilibrio entre las prestaciones de ambas partes en que se manifestaría un hipotético abuso de posición dominante debe, por tanto, juzgarse desde esa óptica global, por lo que no procede evaluar aisladamente cada estipulación a la luz de los casos de abuso descritos en el artículo 6.2. La propia redacción legal de tales supuestos, en la que aparecen los términos *injustificado*, *no equitativo* y *desigual*, exige algún patrón de comparación exterior a los términos de referencia del propio artículo. En este sentido no cabe afirmar, como hace el Informe-Propuesta, en su página 28, que una cláusula desequilibrada, como es la prerrogativa de UEE de denunciar el contrato, sin que el Distribuidor goce del mismo derecho, sea abusiva y constituya un abuso de posición de dominio.

Los acuerdos entre ambas partes contienen una serie de estipulaciones desequilibradas: entre ellas, la opción unilateral de reventa, la cláusula de exclusividad y las posibles sanciones por su incumplimiento operan a favor de UEE, mientras que el sistema de bonificaciones y, en cierta medida, la garantía de que el precio de reventa será el mismo que el de compra más la evolución del índice general de precios de consumo operan esencialmente a favor del distribuidor. El contrato podría juzgarse desequilibrado, y la imputación de abuso de posición de dominio con cargo a los artículos 6.2.a. y 6.2.b. sustanciada, si ese conjunto de contraprestaciones tuviera un valor económico claramente desequilibrado a favor de una de las partes.

En este sentido debe insistirse en el hecho de que la cláusula que otorga a UEE el derecho, pero no la obligación, de revender las instalaciones a un precio predeterminado constituye un ejemplo claro de opción de venta, opción a la que, en principio, y siguiendo las técnicas, ciertamente complejas, desarrolladas al efecto cabría asignar un valor económico. Este valor, unido al coste que supone para el distribuidor el aceptar la cláusula de exclusividad, constituyen las contrapartidas a los beneficios que dicho distribuidor recibe en forma de unas bonificaciones que se encuentran claramente especificadas.

La cuantificación de esos elementos diferentes es la que hubiera permitido pronunciarse sobre un posible desequilibrio en el conjunto de prestaciones y contraprestaciones incluidas en el acuerdo. Dado que tal cuantificación no ha sido acometida en el expediente, ni alegada por las partes, y que los distribuidores convocados a prueba testifical no manifestaron su malestar por tales contratos, el Tribunal debe concluir que las infracciones 2) y 3) imputadas por el Servicio no han sido acreditadas.

7. En consecuencia, el Tribunal considera acreditada la realización por parte de UEE de una conducta constitutiva de infracción tipificada en el artículo 6 de la LDC consistente en el abuso de posición de dominio mediante una estrategia de cierre del mercado a los competidores. Dicha conducta debe ser sancionada conforme a lo establecido en el artículo 10 de la LDC. En la fijación de la cuantía de la correspondiente multa, y conforme a lo establecido en el apartado segundo de dicho artículo 10, el Tribunal ha tenido en cuenta que el consumo aparente de explosivos en el mercado relevante, alcanzaba, en el año 1992, la cifra de 8.012 millones de pesetas. El Tribunal ha tenido en cuenta también que la estrategia de cerrar el mercado tuvo una trascendencia inferior a la prevista, al no llevarse a efecto la escritura pública de algunos contratos y que UEE corrigió, posteriormente a la apertura del expediente, el rumbo de su política comercial al liberar expresamente a los distribuidores afectados de la cláusula de exclusividad. Por otro lado, el Tribunal ha atendido también a la especial gravedad que reviste la conducta seguida por UEE.

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

HA RESUELTO

1. Declarar acreditada la realización por parte de Unión Española de Explosivos, S.A. de una conducta contraria al artículo 6 de la LDC, consistente en el abuso de posición de dominio mediante una estrategia de cierre del mercado a los competidores a través de la adquisición y el control de la red de distribución de explosivos industriales en el momento inicial de la liberalización del mercado.

2. Imponer a Unión Española de Explosivos, S.A. una multa de 90 millones de pesetas.

3. Declarar no acreditada la realización, por parte de Unión Española de Explosivos, S.A. de la infracción del apartado a) del artículo 6.2, de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, por la imposición a los distribuidores de explosivos en los contratos de exclusividad de condiciones no equitativas, y la infracción del apartado b) del artículo 6.2, de la Ley 16/1989, por la discriminación en las condiciones comerciales y de pago a los distribuidores de explosivos en función de que firmaran el acuerdo de distribución exclusiva o mantuvieran su independencia.

4. Ordenar la publicación, y a costa de Unión Española de Explosivos, S.A., de la parte dispositiva de esta Resolución, en el plazo de dos meses, en las páginas económicas de dos periódicos de información general y de tirada nacional, así como en el *Boletín Oficial del Estado*.

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.

Don Luis Martínez Arévalo a la Resolución de 26 de enero de 2000 recaída en el Expediente 450/99 «polvorines» (892/92 del servicio)

La posición de dominio de un mercado tiene una dimensión temporal, íntimamente ligada a los aspectos dinámicos del monopolio y el oliogopolio, que se encuentra relacionada con la posible protección frente a los ataques que pueda experimentar la empresa dominante por parte de nuevos entrantes en el negocio. Ello lleva necesariamente al análisis de la impugnabilidad del mercado relevante y, más en concreto, a la posible existencia de barreras a la entrada de competidores. Resulta, por tanto, necesario dilucidar si las dificultades existentes para establecer una red de distribución alternativa eran tales que hacían que UEE gozase de una posición de dominio estable a lo largo del tiempo.

En el expediente se identifican posibles dificultades a la hora de crear una red de distribución de explosivos capaz de competir con la ya existente, parcialmente dominada por UEE; éstas son esencialmente dos: el coste de establecer esa red alternativa y el tiempo necesario para obtener los oportunos permisos. Por otro lado, cabe preguntar si, para abastecer debidamente al mercado español, era necesario utilizar una densa red de depósitos o si cabían fórmulas alternativas de comercialización que hubiesen permitido obtener el mismo resultado con un número reducido de instalaciones.

En cuanto al coste de crear una nueva red de depósitos, debe mencionarse que se trata de instalaciones relativamente simples, normalmente ubicadas en zonas de bajo valor del suelo. El precio medio de adquisición de los polvorines por parte de UEE fue de 17 millones, lo que multiplicado por los 15 polvorines objeto de los contratos iniciales daría un coste total de 255 millones de pesetas (de mediados de la década de los noventa). Por tanto, el expediente que se falla tiene la singularidad de que permite cuantificar con cierta exactitud la principal barrera de entrada con que podría verse enfrentado un competidor. Mediante una inversión de unos 250 millones de pesetas de la época un competidor hubiera podido adquirir las instalaciones físicas de 15 depósitos, lo que, habida cuenta del radio de acción de 350 km. que se atribuye a cada depósito, hubiera permitido cubrir razonablemente bien el territorio peninsular. Aunque la cifra aventurada sea importante, en particular en relación con el capital social de Ibernobel en aquella fecha, no puede considerarse que constituyera una barrera seria al establecimiento de una red de distribución alternativa a la que, en aquellas fechas, poseía UEE.

En cuanto a la posible barrera temporal nacida como consecuencia de la necesidad de obtener una serie de licencias administrativas, previas a la apertura de la instalación, la información aportada al expediente respecto a los plazos, relativamente breves, necesarios para la obtención de dichas licencias no induce a pensar que sea infranqueable. Además, debe aludirse al hecho de que, en aquellas fechas, existieran depósitos en venta por parte del Ministerio de Defensa, lo que suponía que al menos estas instalaciones hubieran sido operativas en un plazo muy breve de tiempo.

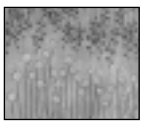
En el expediente se alude al Reglamento de Explosivos, aprobado mediante Decreto 2114/78, de 2 de mayo de 1978, como causa de una posible barrera de entrada en el negocio de la distribución. En efecto, dicho Reglamento contiene disposiciones muy pormenorizadas y onerosas para las empresas respecto a las condiciones en que debe realizarse el almacenamiento y el transporte de explosivos. Debe observarse que dicha reglamentación se traduce esencialmente en un incremento de los costes variables, y no de los costes fijos, de las empresas. Sin embargo, son los costes fijos, o más exactamente la parte de éstos, que constituyen los *costes*

hundidos de las empresas, los que pueden constituir una barrera de entrada. Los efectos de una regulación que incrementa los costes variables se dejan sentir sobre todos los participantes en el mercado, sean nuevos o antiguos operadores y, en términos generales, no puede considerarse que representen auténticas barreras de entrada. Por tanto, dicho Reglamento, aplicado en conjunción con la Directiva 93/15 CEE, que establece la homologación comunitaria en cuanto a los productos de importación, no crea una barrera de entrada relevante al caso.

Como resultado de estas consideraciones, el Vocal que suscribe entiende que, si bien es cierto que existían algunas dificultades para el establecimiento de una red viable de comercialización de explosivos, tales dificultades no llegaban a constituir una auténtica barrera de entrada. Por ello, la posición inicial de dominio de mercado por parte de UEE, consecuencia del marco legal previamente existente, resultaba ser efímera al ser relativamente fácil el acceso al mercado por parte de posibles competidores. Existe, por tanto, un aspecto dinámico, proyectado hacia el futuro, que no puede olvidarse al enjuiciar la operación y pronunciarse sobre la existencia de una posición de dominio. En este sentido, el Vocal que suscribe opina que tanto el Informe-Propuesta del Servicio, como el estudio especial de la Subdirección General de Estudios y Relaciones Internacionales de la Competencia y así como la postura mayoritaria del Tribunal, prestan excesiva atención al marco legal preexistente y no evalúan adecuadamente los aspectos dinámicos, que pueden concretarse en la ausencia de barreras de entrada al negocio.

El Vocal que suscribe comparte la opinión de que aquellas empresas que antaño disfrutaban de un monopolio legal deben comportarse con gran cuidado de no falsear las primeras etapas de un proceso de liberalización. No obstante, entiende que esta teoría, plenamente aplicable a sectores como la telefonía, la electricidad o el gas, donde el antiguo monopolista controla una costosísima red de distribución, no pueden equipararse al caso presente, que muestra que es posible hacerse con una red de distribución por un precio relativamente modesto.

Por tanto, al considerar que no existen importantes barreras de entrada al negocio de la distribución, que es el que se analiza en el caso, el Vocal que suscribe considera que no existe posición de dominio del mercado, por lo que no se sostienen las imputaciones del Servicio. ■



SECCION JURIDICO-ECONOMICA

(Expte. A 108/94, MOROSOS UNICOBRE)

■ **En Madrid, a 28 de enero de 2000**

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Don Antonio Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 108/94 (1169/94 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio), de prórroga de la autorización singular concedida por Resolución de 19 de enero de 1995 a la Unión Nacional de Industrias del Cobre (UNICOBRE) para la creación y funcionamiento de un registro de morosos.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 19 de enero de 1995 el Tribunal autorizó la constitución y funcionamiento por parte de la Unión Nacional de Industrias del Cobre (UNICOBRE) de un Registro de Morosos, por un plazo de cinco años.

2. Con fecha 24 de noviembre de 1999 se recibió en el Tribunal el Informe del Servicio sobre la vigilancia efectuada de la mencionada autorización. En dicho Informe se concluye que procede la renovación de la autorización, que ha sido solicitada por la titular, dado que la única observación que se realiza es la de que, a pesar de estar el Registro teóricamente operativo, no se había realizado ninguna inscripción en el mismo al no haberse producido comunicación alguna de sus usuarios al respecto.

3. Con dicho escrito del Servicio se remitía otro de UNICOBRE, del día 17 de noviembre de 1999, mediante el cual solicitaba la renovación de la mencionada autorización singular.

4. El Pleno del Tribunal en su reunión del día 25 de enero de 2000 deliberó y falló sobre este asunto.

5. Es interesada la Unión Nacional de Industrias del Cobre (UNICOBRE).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico. El artículo 4.3 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que la autorización singular 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. Examinado el escrito de solicitud de prórroga de UNICOBRE, así como el informe favorable del Servicio respecto de la misma, y constatada la persistencia de las circunstancias que en su momento aconsejaron otorgar la autorización en los términos establecidos en la Resolución de 19 de enero de 1995, el Tribunal considera atendible la solicitud de prórroga por el mismo plazo de cinco años a contar desde la expiración de la autorización inicial.

Por todo ello, el Tribunal, de acuerdo con el Servicio,

RESUELVE

Primero. Prorrogar por cinco años a partir de la expiración de su plazo la autorización del Registro de Morosos concedida por Resolución de 19 de enero de 1995 a la Unión Nacional de Industrias del Cobre (UNICOBRE).

Segundo. La prórroga de la autorización queda sujeta, como lo está la autorización inicial, a las condiciones del artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia.

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 la interesada haciéndole saber que contra aquélla 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. A 204/97, Morosos Materiales de Construcción)
(2105/99 del Servicio)

■ **En Madrid, a 1 de febrero del año 2000**

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Vocal Don José Juan Franch Menéu, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 204/97 (2105/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio) iniciado como consecuencia de la solicitud presentada por la Asociación de Empresarios de Materiales para la Construcción «ASEMACO» de modificación de la autorización singular que le fue concedida por Resolución de 5 de junio de 1997 para la creación y funcionamiento de un registro de morosos.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 5 de junio de 1997 el Tribunal autorizó la constitución de un Registro de Morosos por parte de la Asociación de Empresarios de Materiales de Construcción «ASEMACO», otorgándose la autorización por un plazo de cinco años (Expediente A 204/97 TDC y 1489/97 del Servicio).

2. Con fecha 15 de noviembre de 1999 tuvo entrada en el Tribunal un escrito de «ASEMACO» notificando la ampliación del ámbito de su actuación y solicitando la modificación de la autorización concedida para que ésta sea extensible a nivel autonómico ya que anteriormente era una asociación de empresarios provincial cuyo ámbito territorial estaba constituido por la provincia de Pontevedra.

3. El Pleno del Tribunal, en su sesión de 23 de noviembre de 1999, acordó interesar del Servicio la incoación del expediente de modificación de la autorización y por Providencia de fecha 3 de diciembre de 1999 acordó éste la iniciación del oportuno expediente que quedó registrado bajo el número 2105/99. El Servicio solicitó también, el 9 de diciembre de 1999, informe del Consejo de Consumidores y Usuarios. Con la misma fecha se abrió el trámite de información pública y se notificó a la solicitante la admisión a trámite y la incoación del expediente correspondiente.

4. El Servicio pidió diversa información adicional a la solicitante de conformidad con lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto 157/92, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, en materia de exención por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia. Dicha información adicional fue aportada posteriormente al expediente.

5. En el Informe del Servicio, recibido en el Tribunal el 4 de enero del año 2000, se informa favorablemente indicando que no tiene objeciones que formular al respecto, ya que, al haber ampliado «ASEMACO» su ámbito de actuación, teniendo en cuenta que el Registro de Morosos es uno de los servicios que presta la misma, es lógico que le preste a todos sus asociados con independencia de la provincia de donde provengan.

6. El Pleno del Tribunal deliberó y falló sobre el presente expediente en su sesión del día 18 de enero del año 2000.

7. Se considera interesada la Asociación de Empresarios de Materiales de Construcción «ASEMACO».

FUNDAMENTOS JURIDICOS Y ECONOMICOS

Primero. En el artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia referente a las autorizaciones singulares por el Tribunal se dice que la autorización podrá ser modificada o revocada si se produce un cambio fundamental de las circunstancias que la motivaron y, en el artículo 17 del Real Decreto 157/1992, se expresa el procedimiento para la tramitación de las modificaciones en las autorizaciones concedidas.

Segundo. Teniendo en cuenta que la única modificación solicitada es la ampliación del ámbito geográfico que pasa de ser la provincia de Pontevedra a la Comunidad Autónoma de Galicia, no afectando al resto de las cláusulas del Reglamento y Normas que rigen el funcionamiento del Registro de Morosos ya autorizado anteriormente, que se han cumplido los trámites pertinentes en el procedimiento y que la modificación solicitada, no sólo no es fundamental, sino que, al ampliar su ámbito, resulta más beneficiosa para que el Registro cumpla la función de saneamiento, transparencia y clarificación del tráfico mercantil mejorando la comercialización de bienes y servicios que la doctrina del Tribunal indica, procede autorizar la modificación solicitada.

En su virtud, vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Primero. Autorizar la modificación de la autorización, concedida a la Asociación de Empresarios de Materiales para la Construcción «ASEMACO» el 5 de junio de 1997 para la creación y funcionamiento de un Registro de Morosos, consistente en ampliar el ámbito geográfico del Registro de Morosos, que ahora es la provincia de Pontevedra, a la Comunidad Autónoma de Galicia, por el plazo concedido en su día.

Segundo. Trasladar la presente Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia para su inscripción en la Sección A del Registro de Defensa de la Competencia.

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

(Expte. r 389/99 Tabacos Canarias)

■ **En Madrid, a 2 de febrero de 2000**

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Vocal Doña M.ª Jesús Muriel Alonso, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 389/99 (1663/97 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), iniciado para sustanciar el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 3 de septiembre de 1999, por el que se declaró el archivo de la denuncia presentada por Don Manuel González Izquierdo, actuando en nombre y representación de Comisiones Obreras Canarias contra las siguientes Compañías mercantiles: TABACALERA, S.A., CITA, TABACOS DE CANARIAS, S.A., PHILIP MORRIS COMPANIES INC y contra las dos filiales de ésta: FTR HOLDINGS, S.A y PHILIP MORRIS SPAIN, S.A., por presuntos acuerdos prohibidos por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), tendentes a eliminar del mercado de tabaco canario a la mercantil TABACOS CANARY ISLANDS, S.A (TACISA).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 28 de julio de 1997, tuvo entrada en la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia un escrito, presentado por Don Manuel González Izquierdo, actuando en nombre y representación de Comisiones Obreras Canarias, en el que se formula denuncia contra las siguientes compañías mercantiles: TABACALERA, S.A., CITA, TABACOS DE CANARIAS, S.A., PHILIP MORRIS COMPANIES INC, y contra las dos filiales de ésta: FTR HOLDINGS, S.A y PHILIP MORRIS SPAIN, S.A., por presuntos acuerdos prohibidos por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), tendentes a eliminar del mercado de tabaco canario a la mercantil TABACOS CANARY ISLANDS, S.A (TACISA).

La denuncia pone de manifiesto los siguientes extremos:

— La existencia de una serie de acuerdos entre las empresas denunciadas para excluir del mercado a la mercantil TACISA, reduciendo su actividad comercial, con la consiguiente pérdida de posición competitiva, como lo demuestra el que FTR HOL-

DINGS, S.A. vendiera el 50 por 100 de PHILIP MORRIS España (TACISA) a Cita, Tabacos de Canarias, S.A., por tan sólo 100 pesetas, renunciando TABACALERA, S.A a su derecho de adquisición preferente, pues si bien tales hechos, según señala el denunciante, no constituyen en sí infracción alguna de la LDC, no cabe duda de que dichos acuerdos, junto con otras actuaciones posteriores, como la cesión por TACISA de su rama de actividad comercial, han propiciado la despatrimonialización de dicha empresa, con la consiguiente pérdida de posición competitiva en el mercado, conductas que, según el denunciante, son contrarias al artículo 1 de la LDC.

— La existencia de un trato desigual por parte de PHILIP MORRIS COMPANIES INC. a TABACALERA, S.A. y a TACISA, imponiendo a esta última condiciones económicas más gravosas en la compra de materias primas, lo que constituye un abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 6 de la LDC.

— Finalmente, se señala que la compra del 50 por 100 del capital de TACISA por parte de CITA constituye un supuesto de concentración de empresas, para lo que no se ha pedido la correspondiente autorización.

2. Con fecha 31 de julio de 1997 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia solicita del Servicio Jurídico del Estado informe sobre la posibilidad de declarar parte interesada al Sindicato denunciante, aportándose por éste los documentos que le fueron requeridos por el Servicio, de acuerdo con el informe del Servicio Jurídico del Estado, para obtener dicha cualidad.

3. El Servicio, después de realizar una información reservada, dictó el Acuerdo de 3 de septiembre de 1999, por el que se decretaba el archivo de las actuaciones derivadas de la denuncia, como consecuencia de considerar que, al no observarse indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC, no procedía la incoación de expediente.

4. Dentro de la mencionada información reservada, la Subdirección General de Concentraciones y Estudios de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, a petición de la Subdirección General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia, realizó un denominado «Informe en relación con la posible aplicación del artículo 14 de la Ley 16/1989 a la adquisición por parte de CITA del 50 por 100 de TACISA a FTR», que figura en los folios 190 a 203 del expediente del Servicio.

5. El denunciante recurrió dicho Acuerdo de archivo ante el Tribunal mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal 29 de septiembre de 1999 y, tras efectuarse por el Servicio el preceptivo informe, por Providencia de 7 de octubre de 1999, se concede a los interesados el plazo de quince días para que formulen alegaciones, presentándose por el recurrente el 17 de noviembre de 1999 y por las empresas denunciadas en las siguientes fechas: TABACALERA, S.A., mediante escrito de 2 de noviembre de 1999; PHILIP MORRIS SPAIN, S.A (Sociedad Unipersonal), en escrito de 8 de noviembre de 1999; CITA, TABACOS DE CANARIAS, S.L. y TABACOS CANARY ISLAND, S.A. (TACISA), en escrito de 17 de noviembre de 1999.

6. El recurrente**,** como fundamento de la impugnación que formula, efectúa las siguientes alegaciones:

a) En primer término, afirma que el Acuerdo de archivo le produce indefensión, toda vez que sólo a través de la tramitación de un expediente sancionador podrá demostrarse la ilegalidad de las conductas denunciadas, de manera que el Acuerdo impugnado está prejuzgando el fondo del asunto. Señala que no se ha practicado una verdadera información previa y que, además, el Acuerdo de archivo no se pronuncia sobre una de las conductas denunciadas (en concreto, el abuso de posición de dominio), afirmando que, contra lo señalado en el mismo, la realidad es que existen indicios racionales de conductas restrictivas de la competencia.

b) En segundo lugar, insiste en la existencia de acuerdos entre las empresas denunciadas para excluir del mercado a TACISA, encontrándose dichas conductas tipificadas en el artículo 1 de la LDC, señalando también, la existencia de un abuso de posición de dominio, tipificado en el artículo 6 de la citada Ley, toda vez que las condiciones de venta de materia prima para la fabricación de cigarrillos son mayores para TACISA que para TABACALERA.

c) Señala también que se trata de una concentración de empresas para la que no se ha pedido autorización.

d) Finalmente, muestra su extrañeza al haberse emitido por el Servicio un «informe» escrito en la tramitación de este recurso.

Concluye solicitando que se dicte Resolución por la que, estimándose este recurso, se revoque el Acuerdo impugnado, acordándose incoar el oportuno expediente.

7. El Servicio**,** se opone a la estimación del recurso señalando, básicamente, que no tiene obligación de realizar todas las pesquisas, siendo suficiente que se indague sobre los elementos idóneos para fundamentar el acuerdo de incoar expediente o archivar la denuncia, y que, en el caso que se examina, se ha llevado a cabo una información reservada suficiente para adoptar fundadamente el acuerdo de archivo.

8. Las empresas denunciadas (TABACALERA, S.A, PHILIP MORRIS SPAIN, S.A, Tabacos de Canarias, S.L. (CITA) y Tabacos CANARY ISLANDS, S.A (TACISA)) se oponen también a la estimación del presente recurso, señalando, fundamentalmente, lo siguiente:

a) En primer lugar, afirman que la instrucción de información reservada por parte del Servicio ha sido completa con el objeto de apreciar la existencia o no de indicios racionales de infracción, y, al no apreciarse éstos, se ha acordado el archivo y ello teniendo en consideración el criterio de este Tribunal sobre dicho procedimiento, reiteradamente mantenido en diferentes Resoluciones (entre otras, 7 de octubre de 1993, 11 de junio de 1997 y 28 de enero de 1999).

b) En segundo lugar, se señala la inexistencia de acuerdo alguno que limite la competencia, indicándose que la reestructuración accionarial y de estructura comercial de TACISA respondió a razones de reestructuración de las relaciones entre TABACALERA y PHILIP MORRIS, obligadas por la incorporación de España a la Comunidad Europea, que produjo la necesidad de revisar las relaciones contractuales entre ambas compañías. El propio Servicio señala que esta reorganización se efectuó a requerimiento de la DGIV, lo que determinó la salida del grupo americano de TACISA en Canarias.

c) Se señala también la inexistencia de abuso de posición de dominio, afirmando que TACISA se limita a fabricar tabaco por encargo de terceros, dependiendo sus ingresos únicamente del volumen de fabricación, de manera que el precio de las materias primas empleadas por TACISA para la fabricación de las marcas de PHILIP MORRIS es irrelevante para dicha empresa, pues el coste de las mismas se soporta por quien encarga la fabricación y no por TACISA.

d) Finalmente, se indica que TACISA es una empresa en participación de carácter cooperativo, que no está sujeta al control de las operaciones de concentración, como se señala por la propia Subdirección General de Concentraciones y Estudios, habiendo apoyado la Comisión Europea de forma positiva la operación de reestructuración cuando le fue comunicada.

Concluyen afirmando la inexistencia de conducta alguna contra-

ria a la LDC solicitando, por ello, que se confirme el Acuerdo impugnado.

9. Son interesados:

— COMISIONES OBRERAS CANARIAS.
— CITA, TABACOS DE CANARIAS, S.A.
— TABACOS CANARY ISLAND, S.A (TACISA).
— TABACALERA, S.A.
— PHILIP MORRIS COMPANIES INC y sus filiales FTR HOLDINGS, S.A. y PHILIP MORRIS SPAIN, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Los recursos contra los Acuerdos del Servicio de archivo de las actuaciones realizadas al amparo del artículo 36.2 de la LDC han de resolverse limitándose a decidir si resulta acertada la decisión del mismo de no abrir expediente porque los datos de que disponía eran suficientes para afirmar que no había indicios racionales de conductas que vulneren alguna de las prohibiciones contenidas en la LDC.

En este sentido, es reiterada la doctrina de este Tribunal señalando «que la tramitación de una información reservada constituye un procedimiento sumario, inquisitivo y no contradictorio, en el que el Servicio no tiene obligación de realizar todas las pesquisas, siendo bastante que únicamente indague los elementos idóneos para fundar el acuerdo de incoar el expediente o archivar la denuncia».

Por tanto, el objeto del presente recurso se ha de limitar a comprobar si existen o no indicios racionales de conductas contrarias a la LDC que justifiquen la continuidad del procedimiento, si bien, ante las alegaciones del recurrente, se ha de comenzar indicando que el «informe» escrito emitido por el Servicio durante la tramitación de este recurso lejos de constituir infracción procedimental alguna, es consecuencia del cumplimiento estricto de las normas legales de directa aplicación, especialmente los artículos 47 y 48 de la LDC.

Segundo. En el caso que se examina, de los términos de la denuncia, así como de las posteriores actuaciones, no se colige la existencia (siquiera de manera indiciaria) de conducta alguna que esté prohibida por la LDC.

En efecto, de las actuaciones obrantes en el expediente, resulta que TACISA no ha sido, ni es, una entidad económica independiente de sus matrices, sino una filial común limitada a dar apoyo a las actividades comerciales de aquéllas. Es decir, con anterioridad a los hechos que se denuncian, según se desprende del expediente, TACISA era una empresa en común participada por matrices independientes (PHILIP MORRIS y TABACALERA) por lo que, como señala el Servicio, el acuerdo que hubiera podido ser contrario a la LDC hubiera sido el de su «constitución», en cuanto que podía implicar la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas matrices, pero no el de su reestructuración.

Es decir, no existe prueba alguna de que por parte de las empresas denunciadas exista una conducta para tratar de eliminar a TACISA, como señala el recurrente, habida cuenta de que dicha empresa no compite con sus matrices de manera que su grado de actividad no afecta a la situación de competencia en el mercado del tabaco.

En definitiva, es claro que ha habido una modificación en el accionariado y en la estructura comercial de TACISA, pero ello no implica que haya habido una «conspiración» contra el mercado.

Tercero. Tampoco existe indicio alguno de abuso de posición de dominio, ni siquiera de si existe dicha posición, toda vez que TACISA no es licenciataria directa de ninguna de las marcas de PHILIP MORRIS y, además, el precio de la materia prima del tabaco no tiene incidencia alguna para dicha empresa, habida cuenta de que sus ingresos dependen exclusivamente del volumen de fabricación, soportando el coste de la materia prima quien encarga a TACISA la fabricación del tabaco y no ella.

Finalmente, se ha de indicar que difícilmente está afectado el artículo 14 de la LDC, toda vez que además de que, como se señala en el informe emitido por la Subdirección de Concentraciones, TACISA «no es una entidad económica independiente por lo que hay que descartar que se esté en presencia de una empresa en común de carácter concentrativo» es claro que, conforme a la normativa vigente en el momento de acontecer los hechos denunciados, en el caso de que se hubiese tratado de una concentración, la iniciativa correspondía a los autores de la operación, (siendo voluntaria su notificación), o al Ministerio de Economía, no siendo el denunciante ninguno de ellos, debiéndose indicar que el Sindicato recurrente parece confundir el interés particular de sus «miembros», (sin duda, legítimo y objeto de protección), con la existencia de un interés «público»que, como se sabe, consiste en procurar el buen funcionamiento de los mecanismos competitivos del mercado, que es el que resulta tutelado por las normas sobre la competencia que este Tribunal tiene que aplicar.

Es decir, desde la óptica de la competencia, no se ha de examinar si la actuación de las empresas denunciadas afecta o causa algún perjuicio a los trabajadores (que, en su caso, deberán ser examinadas en el ámbito que corresponda), sino si dicha actuación va o no en contra del mercado.

En consecuencia, el Servicio acordó el archivo de las actuaciones al entender acertadamente la inexistencia de indicios de realizarse prácticas contrarias a la normativa de defensa de la competencia, sin que dicho acuerdo vulnere, en contra de lo que aduce el recurrente, el fundamental derecho de no padecer indefensión, pues tal derecho, según una reiteradísima jurisprudencia del TC, de sobra conocida, se colma con la obtención de una resolución fundada en derecho, aunque ésta contradiga el pretendido interés de la parte. En otro caso, se llegaría a la absurda conclusión de que la interdicción de la indefensión serviría para cohonestar cualquier pedimento de las partes.

Cuarto. En definitiva, los razonamientos expuestos conducen a declarar la inexistencia de vulneración, por el Acuerdo impugnado, de disposición legal alguna, debiéndose, por ello, desestimar el presente recurso, confirmando el Acuerdo de archivo dictado por el Servicio.

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

RESUELVE

Unico. Desestimar el recurso interpuesto por Don Manuel González Izquierdo, actuando en nombre y representación de Comisiones Obreras de Canarias, contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 3 de septiembre de 1999 por el que se archivó la denuncia por él formulada contra TABACALERA, S.A., CITA, TABACOS DE CANARIAS, S.A., PHILIP MORRIS COMPANIES INC, y contra las dos filiales de ésta: FTR HOLDINGS, S.A y PHILIP MORRIS SPAIN, S.A.

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 la notificación de esta Resolución. ■