



MEMORIA

1996

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

INDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL AL 31.12.1996.....	8
III. ACTIVIDADES Y MEDIOS PERSONALES, MATERIALES Y PRESUPUESTARIOS.....	11
1. Actividades.....	11
1.1. Función decisoria.	11
1.2. Función consultiva.....	12
1.3. Relaciones exteriores.	12
2. Medios personales.	13
3. Medios materiales y presupuestarios.	14
CUADRO 1 EXPEDIENTES TERMINADOS EN 1996.....	16
CUADRO 2 RECURSOS HUMANOS Y PRESUPUESTARIOS DEL TDC.....	17
GRÁFICOS.....	18
IV. DOCTRINA.....	29
1. Panorama general.	29
2. Expedientes sancionadores de practicas prohibidas.....	31
2.1. Acuerdos horizontales	32
2.2. Acuerdos verticales.	44
3. Medidas cautelares.	51
4. Expedientes de autorización singular.....	67
4.1. Registro de morosos.....	68
4.2. Contratos-tipo.	72
4.3. Servicios de Información de Riesgos y Solvencia.	78
4.4. Base de datos.....	79

4.5.	Boletín de precios.	80
4.6.	Distribución selectiva.....	81
4.7.	Las guías de contratación sectorial no deben encubrir la autorregulación.	81
5.	Recursos ante el Tribunal contra las decisiones del Servicio. ..	81
5.1.	Actividad administrativa y actividad económica de las Administraciones Públicas.	83
5.2.	Cuestiones civiles.....	87
5.3.	Concertación colusoria.....	89
5.4.	Abuso de posición dominante.....	90
5.5.	Competencia desleal.	94
6.	Cuestiones de procedimiento.	95
6.1.	Expedientes de autorización.....	96
6.1.1	Informe de una Asociación de Consumidores.	96
6.1.2	Desistimiento.	96
6.1.3	Condición de interesado en el expediente.	96
6.1.4	Revocación de la autorización.....	97
6.2.	Expedientes de medidas cautelares.	97
6.2.1	Imposibilidad de prórroga de medidas cautelares. Devolución de fianza.	97
6.2.2	Legitimación para solicitar del Tribunal la adopción de medidas cautelares.....	98
6.3.	Expedientes sancionadores.....	99
6.3.1	Caducidad del expediente.....	99
6.3.2	Ausencia de infracción del artículo 37.1 LDC....	100
6.3.3	Apertura de expediente sancionador una vez concluido el expediente de concentración que había motivado su paralización.....	100
6.3.4	La instrucción no ha de limitarse a los hechos denunciados.....	101
6.3.5	Suspensión de la ejecución de las Resoluciones del Tribunal.....	101
6.3.6	Documentos presentados en el acto de la Vista.	101
6.4.	Expedientes de recurso.	102
6.4.1	Caducidad.....	102
6.4.2	Información reservada.....	102
6.4.3	Improcedencia del recurso extraordinario de revisión.	103
6.4.4	Práctica de pruebas en un expediente de recurso.	103

6.4.5	Práctica de pruebas; recusación; escrito presentado en el Juzgado de Guardia.....	104
6.4.6	Desistimiento.....	105
6.4.7	Recurso contra acuerdo de archivo.....	105
6.4.8	Obligación del Servicio de incoar un expediente cuando así lo interesa el Tribunal.....	106
6.4.9	El Pliego de Concreción de Hechos no precisa ser notificado al denunciante.....	106
6.4.10	Solicitud de autorización instada por una parte de los participantes.....	107
6.4.11	Recurso contra acto presunto del Servicio de no proponer medidas cautelares.....	107
6.4.12	Derechos de defensa.....	107
6.4.13	Recurso contra acuerdo de inadmisión de denuncia.....	108
V.	CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	109
1.	Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional.....	109
2.	Tribunal Supremo.....	112
VI.	CONCENTRACIONES ECONÓMICAS.....	116
1.	Expedientes recibidos a finales del año 1995 y resueltos en el año 1996.....	116
2.	Expedientes recibidos y resueltos en el año 1996.....	121
VII.	INFORMES SOBRE LA APERTURA DE GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES.....	124
VIII.	ACTIVIDAD CONSULTIVA Y DE PROPUESTA.....	133
1.	Informes solicitados por el poder judicial.....	134
2.	Otros informes.....	134
2.1.	Comisión de Subsecretarios y Consejo de Ministros.....	134
2.2.	Artículos 2 y 26 LDC.....	134
2.3.	Varios.....	135
IX.	RELACIONES INSTITUCIONALES.....	136
1.	Relaciones internacionales.....	136
2.	Otras actividades.....	140

I. INTRODUCCIÓN.

La teoría económica y la evidencia empírica revelan que los mercados competitivos conducen a la eficiencia y contribuyen a maximizar el bienestar de los consumidores. Controlada la inflación y el déficit público, reducidos los tipos de interés a mínimos históricos y abordada la reforma del mercado de trabajo, deben proseguir las reformas estructurales propuestas y debe emprenderse un plan articulado de liberalización de los sectores y mercados que todavía actúan protegidos por un cinturón jurídico que limita la competencia entre los operadores económicos.

Para ganar competitividad en los mercados internacionales es necesario que las empresas hayan competido previamente en los mercados nacionales. Como ha señalado la Comisión Europea, el objetivo de la política de defensa de la competencia es la asignación óptima de recursos y la consecución de los avances técnicos y la flexibilidad necesaria para adaptarse a un entorno cambiante. Competencia y competitividad son dos aspectos de una misma cuestión.

La introducción e intensificación de la competencia en algunos mercados, sectores y actividades no es una tarea sencilla. Cuantos están interesados en mantener sus privilegios se oponen con todos los argumentos y medios posibles a cualquier tipo de modificación normativa que altere su vida tranquila. Y los grupos de interés contribuyen a proteger el statu quo de muchos operadores económicos cuya actividad está normativamente protegida de la competencia. Por esta razón, de acuerdo con la Constitución, es necesario una actuación activa y decidida de las administraciones públicas con el fin de promover y defender el proceso de modificación normativa dirigida a combatir y terminar con las actuaciones protegidas de la competencia, como medio para mejorar la competitividad de los operadores económicos y el bienestar de los ciudadanos.

Uno de los instrumentos de promoción y defensa de la Competencia es la Ley de Defensa de la Competencia (LDC). La Ley establece su aplicación por el Tribunal de Defensa de la Competencia. En el año 1996 el Tribunal, en el ejercicio de sus funciones, ha dictado, tal como se recoge en las páginas de esta Memoria, catorce Resoluciones en expedientes sancionadores, los más complejos; cinco Resoluciones de medidas cautelares; cuarenta Resoluciones en expedientes de autorización singular de prácticas prohibidas; cuarenta y tres Resoluciones en recursos

interpuestos contra actos del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC); una Resolución en un recurso contra una resolución del propio Tribunal; cuatro dictámenes en operaciones de concentración económica que le fueron remitidas por el Ministerio de Economía y Hacienda; cinco informes de los contemplados en los artículos 2 y 26 LDC; y cuarenta y un Informes referidos a solicitudes de apertura de grandes superficies.

El trabajo realizado ha sido manifiestamente superior al correspondiente al año anterior. Pero el propio trabajo cotidiano ha puesto de manifiesto que la aplicación por los organismos de defensa de la competencia de la LDC presenta puntos fuertes pero también puntos débiles. Por esta razón es necesario no solamente reforzar dichos organismos sino también perfeccionar la propia LDC. A estos efectos, en el mes de junio de 1996 tuvo lugar una modificación de la LDC con la pretensión de hacer más efectiva la tarea de las autoridades de defensa de la competencia. El nuevo planteamiento contempla la posibilidad de no perseguir aquellos asuntos que no afectan de manera sustancial al interés público; establece que la LDC será de aplicación a los actos contrarios a la competencia cuyo origen esté en las actuaciones de las Administraciones Públicas y Entes Públicos como operadores económicos y que no estén protegidas por el oportuno amparo legal, y se establece que cuando el SDC considere que una notificación voluntaria de una alianza entre empresas no responde a una operación de concentración económica, se encargará de que en el plazo de un mes sea tratada como una solicitud de autorización de acuerdo entre empresas. Además, los cambios citados determinan que cuando una notificación voluntaria de operación de concentración se notifique con posterioridad a una denuncia de prácticas restrictivas de la competencia por hechos similares, el SDC, en el plazo de un mes, procederá a acumular los expedientes y a pronunciarse acerca de si la operación debe ser tramitada como un acuerdo del artículo 1 LDC o como una concentración económica.

Además, el interés por la defensa de la competencia y la liberalización de los mercados, sectores y actividades se ha concretado en el año 1996 en un conjunto de medidas liberalizadoras adoptadas en el mes de junio. Dicho programa liberalizador se concretó en las "Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento de la liberalización de la actividad económica", contenidas en seis Reales Decretos-Ley, dos Reales Decretos y una Orden Ministerial. Los sectores considerados fueron el sector financiero, las telecomunicaciones, el suelo, las oficinas de farmacia, los servicios funerarios, los carburantes y las profesiones liberales, entre otras cuestiones.

No cabe duda de que las Autoridades de Defensa de la Competencia están realizando un notable esfuerzo para cumplir con su cometido. Sin embargo, la dotación de recursos económicos, personales y materiales con que cuenta el Tribunal son todavía escasos. Dado el aumento continuado de su carga de trabajo, dicha escasez se acentúa con el paso del tiempo y se traduce en el preludio de las limitaciones en cuanto a su capacidad de actuación.

Debe mencionarse un hecho que ha incidido en la actividad del Tribunal a lo largo del año limitando de forma significativa su dedicación a la realización de informes dirigidos a contribuir a la modificación de normas restrictivas de la competencia. Se trata de los expedientes relacionados con la apertura de grandes superficies cuyo informe, de dudosa utilidad real en la mayoría de casos, a cargo del Tribunal es preceptivo de acuerdo con lo previsto en la Ley General de Ordenación del Comercio Minorista.

A continuación, siguiendo el esquema tradicional en la Memoria del Tribunal, tras exponer sus dotaciones humanas y financieras, se hace referencia a la Doctrina del mismo, al resultado del control jurisdiccional de sus Resoluciones, a sus informes sobre operaciones de concentración de empresas, a su actividad consultiva, y, por último, a las relaciones institucionales del Tribunal.

II. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL AL 31.12.1996.

PRESIDENTE

D. Amadeo Petitbò Juan
(Nombramiento: 15.9.1995).
(Nombramiento como Vocal: 23.12.1992).

VICEPRESIDENTE

D. Ricardo Alonso Soto
(Nombramiento: 7.3.1986; Renovación del nombramiento:
23.12.1992).
(Nombrado Vicepresidente el 14.1.1993).

VOCALES

D. Felipe Bermejo Zofío
(Nombramiento: 11.12.1985; Renovación del nombramiento:
23.12.1992).

D. Juan Manuel Fernández López
(Nombramiento: 28.12.1995).

D. Luis Berenguer Fuster
(Nombramiento: 28.12.1995).

D. José Hernández Delgado
(Nombramiento: 28.12.1995; Renovación del nombramiento:
1.3.1996).

D. Jesús Rubí Navarrete
(Nombramiento: 28.12.1995; Renovación del nombramiento:
1.3.1996).

D. Antonio Castañeda Boniche
(Nombramiento: 20.9.1996).

D. Julio Pascual y Vicente
(Nombramiento: 20.9.1996).

SECRETARIO

D. Antonio Fernández Fábrega
(Nombramiento: 3.6.1988).

PERSONAL DE APOYO

SUBDIRECTORA GENERAL DE ESTUDIOS

D^a . Isabel Sánchez García.
(Nombramiento: 29.11.1996)

SUBDIRECTOR GENERAL DE INFORMES SOBRE CONCENTRACIONES, ADQUISICIONES Y AYUDAS PÚBLICAS.

D. Vicente Montes Gan.
(Nombramiento: 26.12.1995)

ASESORES DEL PRESIDENTE

D^a . M^a Isabel Monreal Palomino.
(Nombramiento: 9.1.1995. Cese: 24.9.1996)

D^a . Pilar Sánchez Núñez.
(Nombramiento Asesora del Presidente: 25.9.1996)

D^a . Eva Povedano Moreno.
(Incorporación al Tribunal: mayo 1996)

JEFE DE DESPACHO DEL PRESIDENTE

D^a . Pilar Sánchez Núñez.
(Nombramiento jefa de Despacho: 1.12.1995. Cese: 25.9.1996)

Durante el año 1996 la composición del Tribunal registró variaciones:

- Cuatro Vocales (Sres. Fernández, Berenguer, Hernández y Rubí), nombrados a finales de diciembre de 1995, iniciaron prácticamente su actividad en el Tribunal en el año 1996.
- Dos Vocales (Sres. Hernández y Rubí) vieron renovado su nombramiento el día 1.3.1996.
- Dos Vocales (Sra. Alcaide y Sr. de Torres), nombrados, respectivamente, en marzo de 1990 y febrero de 1991, cesaron a petición propia (Sr. de Torres, el 24.5.1996) y por expiración de mandato (Sra. Alcaide, el 6.9.1996), tras sendas extensiones temporales del mismo.
- Dos Vocales (Sres. Castañeda y Pascual) fueron nombrados el día 20.9.1996.

III. ACTIVIDADES Y MEDIOS PERSONALES, MATERIALES Y PRESUPUESTARIOS.

1. Actividades.

En este apartado de la Memoria se resumen las actividades del Tribunal, haciéndose en otros epígrafes el análisis de la doctrina que contienen sus Resoluciones e Informes.

Se distingue entre las actividades derivadas de la función decisoria del Tribunal y las referentes a su función consultiva, añadiendo una mención a las relaciones exteriores.

1.1. Función decisoria.

El número de Resoluciones dictadas en el año 1996 ha sido de 102 frente a 96 en el año 1995.

Desagregando esas 102 Resoluciones con referencia a la naturaleza de los expedientes en los que recayeron aquéllas (ver cuadro 1 y gráficos 1 a 3) pueden ponderarse como sigue respecto de 1995: en primer lugar, el número de Resoluciones de los expedientes más complejos, los sancionadores, ha pasado de 12 a 14; en segundo lugar, las Resoluciones sobre medidas cautelares han sido 5, mientras que sólo se dictó 1 en 1995; en tercer lugar, las Resoluciones de expedientes de recurso contra actos del SDC -de gran importancia para dirimir las discrepancias entre los denunciados y el Servicio, cuando éste archiva o sobresee las actuaciones iniciadas o los expedientes abiertos, respectivamente, como consecuencia de las denuncias recibidas o iniciadas de oficio- se ha incrementado, pasando de 37 a 43; y, en cuarto lugar, las Resoluciones de expedientes de autorización singular, cuya iniciación depende sólo de los interesados, han reducido su número, pasando de 46 a 40.

Dentro de la actividad decisoria del Tribunal, debe destacarse que, de las catorce Resoluciones de expedientes sancionadores dictadas en 1996, trece declararon la existencia de prácticas prohibidas con la

imposición de multas, en doce Resoluciones, por importe de 322.975.000 pesetas.

La evolución de los expedientes terminados y de las multas impuestas se recoge en los gráficos 5 a 7. Destaca el hecho de que año tras año el número de expedientes que entran en el Tribunal aumenta significativamente (en 1995 entraron 105 expedientes y en 1996 entraron 133) y, lógicamente, la insuficiencia de recursos humanos en el Tribunal y la mayor complejidad de los expedientes hace que, aunque el número de Resoluciones dictadas aumente, también lo haga el número de expedientes que se acumulan.

1.2. Función consultiva.

En el ejercicio de su función consultiva el Tribunal ha emitido cincuenta informes, frente a diez en el año 1995. Este significativo incremento se debe a que en 1996 entró en vigor la Ley 7/1996, de 16 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que establece que toda solicitud de instalación de una gran superficie debe contar con el informe preceptivo, aunque no vinculante, del Tribunal. Los informes emitidos sobre solicitudes de apertura de grandes superficies han sido 41.

En lo que respecta a la elaboración de dictámenes sobre operaciones de concentración económica (ver gráfico 4), el informe y el dictamen del Tribunal recabados por el Ministro de Economía y Hacienda, se ha producido en 4 expedientes de notificación voluntaria, frente a 5 dictámenes evacuados en el año 1995.

1.3. Relaciones exteriores.

Por último, ha continuado la actividad del Tribunal consistente en el mantenimiento de relaciones institucionales y de colaboración con entidades e instituciones tanto públicas como privadas, nacionales y extranjeras, que son objeto de análisis en otro epígrafe.

Destacan, por una parte, las visitas realizadas al Tribunal por el Director General de la DG IV, Sr. Schaub, acompañado por el Director de la Dirección A de la DG IV, Sr. Faull, en enero de 1996, así como la visita de una misión del Fondo Monetario Internacional y

una misión de la OCDE, en enero y diciembre de 1996, respectivamente. Por otra parte, fieles al compromiso de establecer relaciones sólidas con las autoridades de competencia hispanoamericanas, destaca la organización del "II Encuentro de Autoridades Hispanoamericanas de Defensa de la Competencia" celebrado el 29 de noviembre en la ciudad de Caracas; la participación en el Seminario sobre Política de Competencia en América Latina y el Caribe organizado por la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) y el Sistema Económico Latinoamericano (SELA) en Caracas; la visita al Tribunal de una delegación de parlamentarios mejicanos; y, finalmente, la realización de reuniones o estancias de trabajo en el Tribunal por parte del Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual peruano (INDECOPI) y de una delegación de funcionarios de Nicaragua.

2. Medios personales.

El Tribunal, por primera vez desde la entrada en vigor de la nueva Ley de Defensa de la Competencia, ha tenido cubiertas todas sus Vocalías en 1996 salvo el tiempo que medió entre el cese de los Vocales Sr. de Torres y Sra. Alcaide (24 de mayo y 6 de septiembre, respectivamente) y el nombramiento de los Sres. Castañeda y Pascual (20 de septiembre).

El equipo de apoyo de la Presidencia durante el año 1996 tuvo mayor estabilidad y permanencia de titulares, pues el puesto de Jefe de Despacho del Presidente, que estuvo vacante durante todo el año 1995, se cubrió hasta el mes de octubre de 1996 por la Sra. Sánchez Núñez quien a partir de dicha fecha pasó a ocupar el puesto de Asesora del Presidente que había estado vacante durante los meses de septiembre y octubre del año 1996.

Por otra parte, la Subdirección de Informes sobre Concentraciones, Adquisiciones y Ayudas Públicas, que en 1995 estuvo vacante desde el mes de septiembre, fue cubierta desde el mes de enero de 1996 por el Sr. Montes. La Subdirección General de Estudios, vacante de junio a noviembre, fue cubierta a partir de esta fecha por la Sra. Sánchez García. Además, a partir de mayo de 1996 se incorporó como Vocal Asesora (nivel 30) la Sra. Povedano, que no pertenece a la Relación de Puestos de Trabajo del Tribunal sino a la de la Secretaría de Estado de Economía, pero que colabora a pleno empleo con el Tribunal.

En consecuencia, si se considera que el número de personas de los Grupos B, C y D que forman parte del Tribunal se mantuvo sin cambios durante 1996, se puede comprobar, observando el gráfico 8, que los recursos humanos del Tribunal aumentaron con respecto a 1995 debido a que, a diferencia de lo que había ocurrido ese año, durante 1996 todas las Vocalías y la estructura de apoyo del Presidente (jefe de despacho, subdirectores generales y vocales asesores) estuvieron cubiertas prácticamente todo el año.

3. Medios materiales y presupuestarios.

Como se ha venido resaltando en anteriores Memorias del Tribunal, su sede, la misma desde el año 1965, resulta manifiestamente insuficiente. Se dispone de 792 m² de suerte que, quitando los servicios comunes (particularmente la Sala de Audiencias, la Biblioteca y el Archivo), la superficie útil para despachos es de 384 m² que comparten 34 funcionarios, incluidos el Presidente, los Vocales y el Secretario, más el personal laboral.

Los medios presupuestarios del Tribunal presentan la evolución que recogen el cuadro 2 y el gráfico 9. De su análisis destaca lo siguiente: en primer lugar, por lo que se refiere a los créditos de personal (Capítulo I) si bien valorados en pesetas corrientes han aumentado año tras año desde 1989, valorados en pesetas constantes de 1996 han seguido una evolución decreciente entre 1992 y 1995. Esta evolución se invierte, sin embargo, en el año 1996, año en el que se sobrepasa el valor más alto de la serie temporal y que corresponde al año 1992. A ello ha contribuido el incremento en el número de Vocales y personal de apoyo del Presidente incorporados al Tribunal.

En segundo lugar, en cuanto a los gastos de funcionamiento (Capítulo II) su cuantía ha disminuido continuamente durante los últimos tres años, tanto en pesetas corrientes como en pesetas constantes de 1996, alcanzando en 1996 una cifra que, en términos reales, se acerca a la cifra más baja de la serie analizada.

Finalmente, por lo que se refiere a la cantidad destinada a inversiones (Capítulo VI), los créditos, aunque siguieron siendo inferiores a los de los años 1992 y 1993, recuperaron el nivel de 1994, lo que permitió renovar el equipamiento informático y parte del mobiliario del Tribunal, si bien no se han podido abordar otras inversiones importantes para el funcionamiento del

Tribunal, como serían la instalación de una red de área local y la mejora de la instalación telefónica e, incluso, la implantación de un sistema de seguridad exterior del edificio.

CUADRO 1

EXPEDIENTES TERMINADOS EN 1996

I. RESOLUCIONES		Nº
	1. PRÁCTICAS PROHIBIDAS	19
	A) Expedientes sancionadores	14
	B) Medidas cautelares	5
	2. AUTORIZACIONES SINGULARES	40
	A) Nuevas solicitudes	35
	B) Revocación a modificación de las ya concedidas	3
	C) Prórroga de las ya concedidas	2
	3. RECURSOS CONTRA ACTOS DEL SERVICIO	43
	A) Recursos contra el archivo de actuaciones	26
	B) Recursos contra el sobreseimiento de expediente	12
	C) Recursos contra acuerdos varios	5
	4. RECURSOS CONTRA RESOLUCIONES Y ACTOS DEL TRIBUNAL	1
	TOTAL	102
II. INFORMES		
	5. CONCENTRACIONES ECONÓMICAS	4
	6. GRANDES SUPERFICIES	41
	7. INFORMES ART.2 Y 26 (LEY 16/1989)	5
	TOTAL	50

CUADRO 2

RECURSOS HUMANOS Y PRESUPUESTARIOS DEL TDC

	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996
RECURSOS HUMANOS (en número de efectivos)								
Presidente y Vocales	7	7	8	8	8	8	6	9
Secretaría del Tribunal	1	1	1	1	1	1	1	1
Otros efectivos								
1) Titulados superiores (Grupo A)	1	1	1	1	3	3	3	4
2) Gestión (Grupo B)	0	0	0	0	0	1	1	4
3) Administrativos, Auxiliares, (Grupos C y D)	15	16	16	16	17	17	17	17

RECURSOS PRESUPUESTARIOS (en millones de ptas)								
1) Personal (Cap. I)	111,9	112,4	126,4	146,0	147,0	153,3	155,5	176,7
	159,0	149,0	158,9	173,3	166,9	166,1	161,0	176,7
2) Funcionamiento (Cap II)	28,1	33,6	24,3	28,3	26,7	35,9	43,1	31,5
	39,9	44,7	30,6	41,2	30,3	39,1	37,1	31,5
3) Inversiones (Informática, Mobiliario, etc.) (Cap VI)	0	1,2	1,2	5,8	8,7	6,2	4,3	6,5
	0	1,6	1,5	12,5	12,9	7,0	4,5	6,5

 Cifras correspondientes a los créditos realmente dispuestos, después de los ajustes presupuestarios o acuerdos de no disponibilidad adoptados cada año por el Consejo de Ministros

 Pesetas constantes de 1996

GRÁFICOS

Gráfico1

EXPEDIENTES SANCIONADORES (Ley 16/1989). 1990-1996 (Número de Resoluciones)

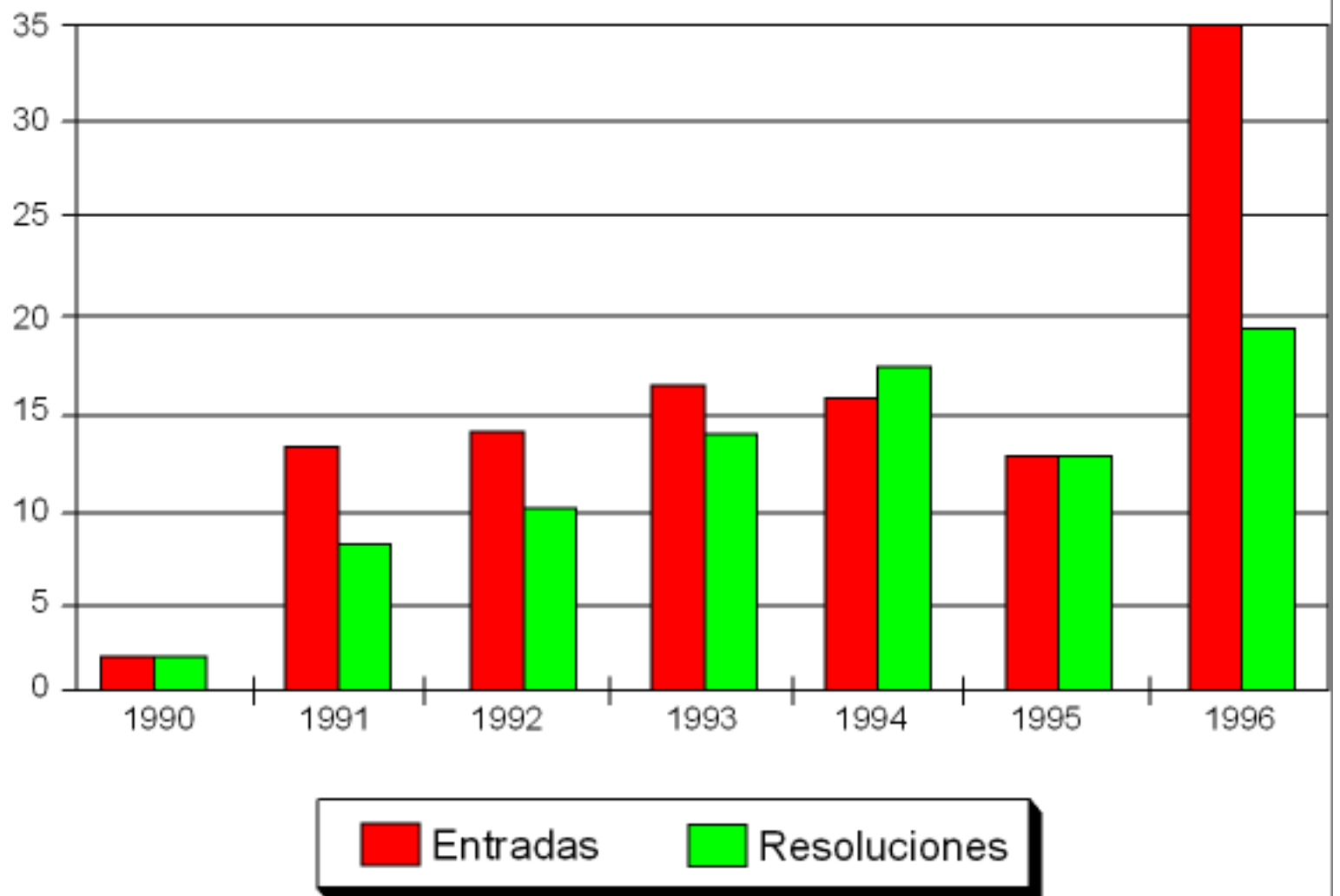


Gráfico 2

EXPEDIENTES DE AUTORIZACIÓN SINGULAR 1990-1996

(Número de Resoluciones)

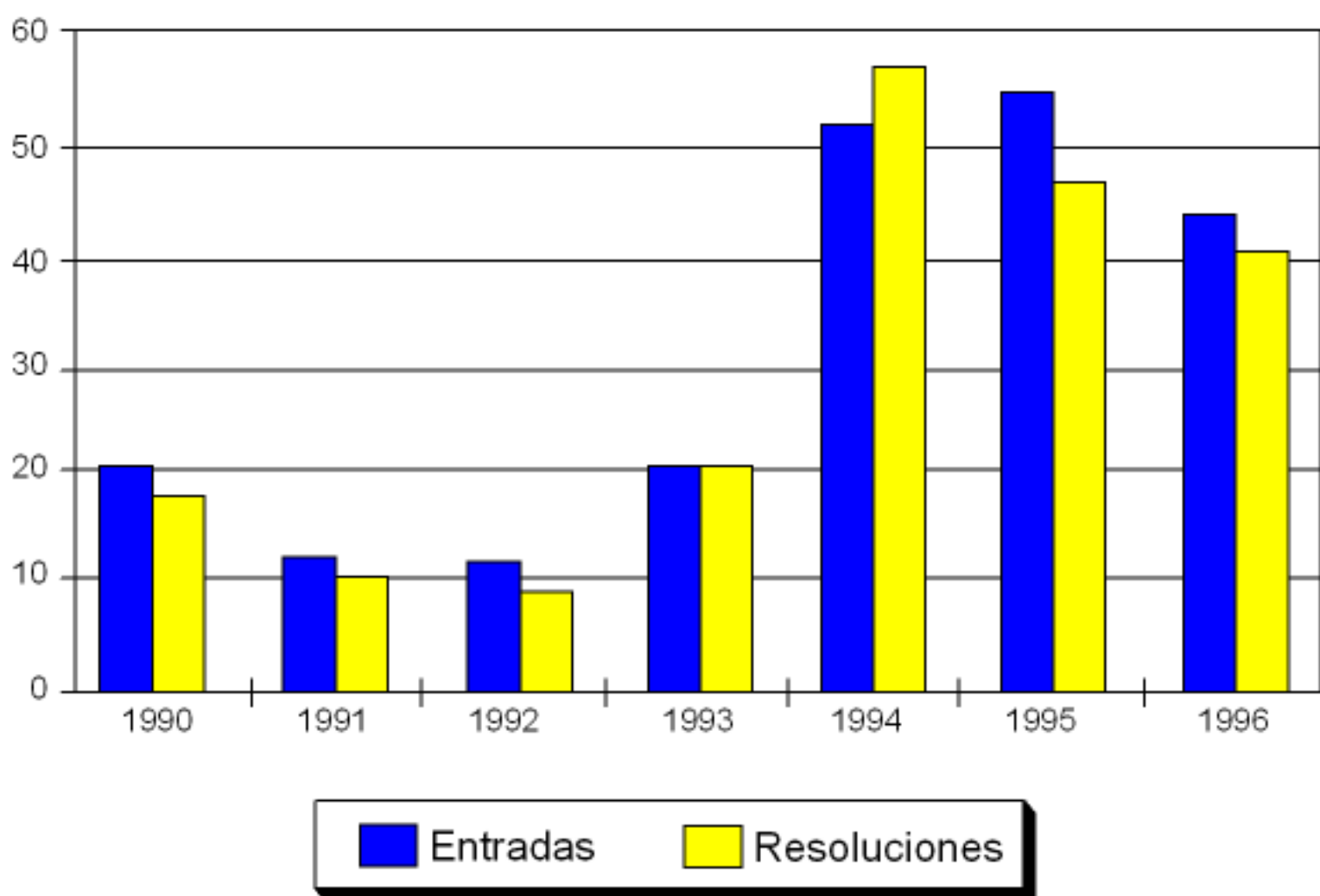


Gráfico 3

EXPEDIENTES DE RECURSO CONTRA ACTOS DEL SERVICIO. 1989-1996

(Número de Resoluciones)

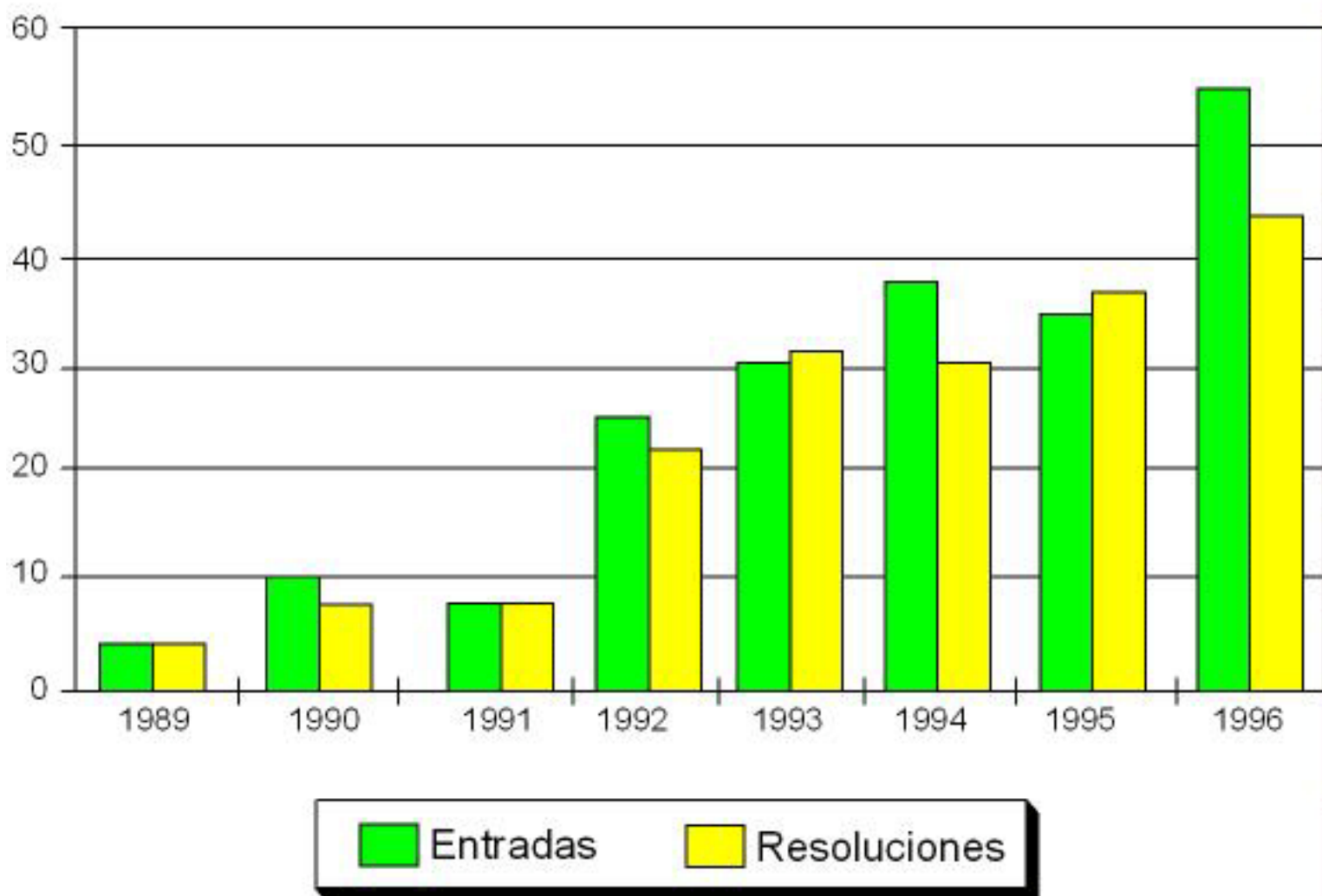


Gráfico 4

EXPEDIENTES DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS E INFORMES

(Dictámenes emitidos)

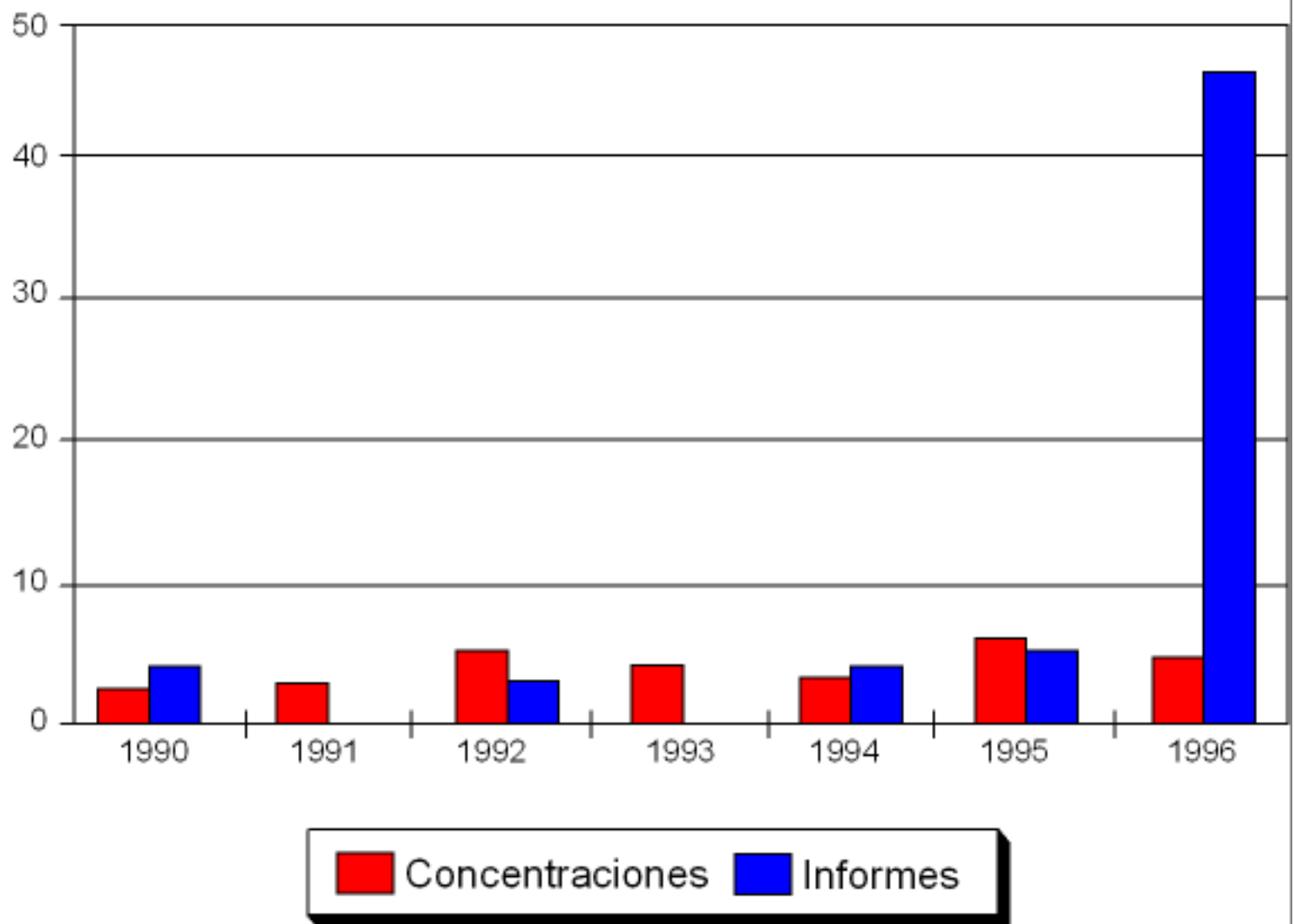


Gráfico 5

MULTAS IMPUESTAS. 1988-1996

(Millones de pesetas)

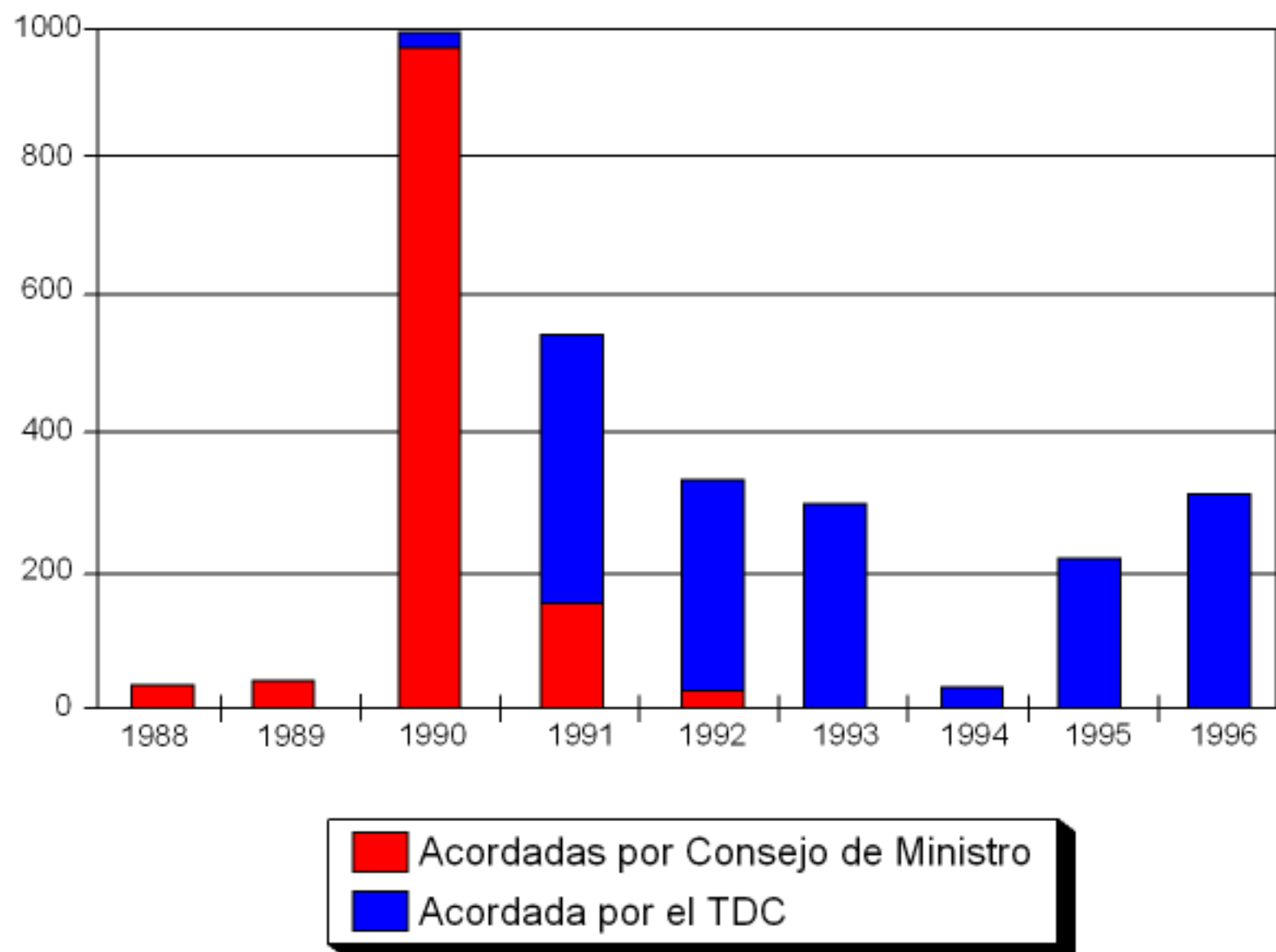


Gráfico 6

EXPEDIENTES TERMINADOS. 1989-1996

(Número de Resoluciones)

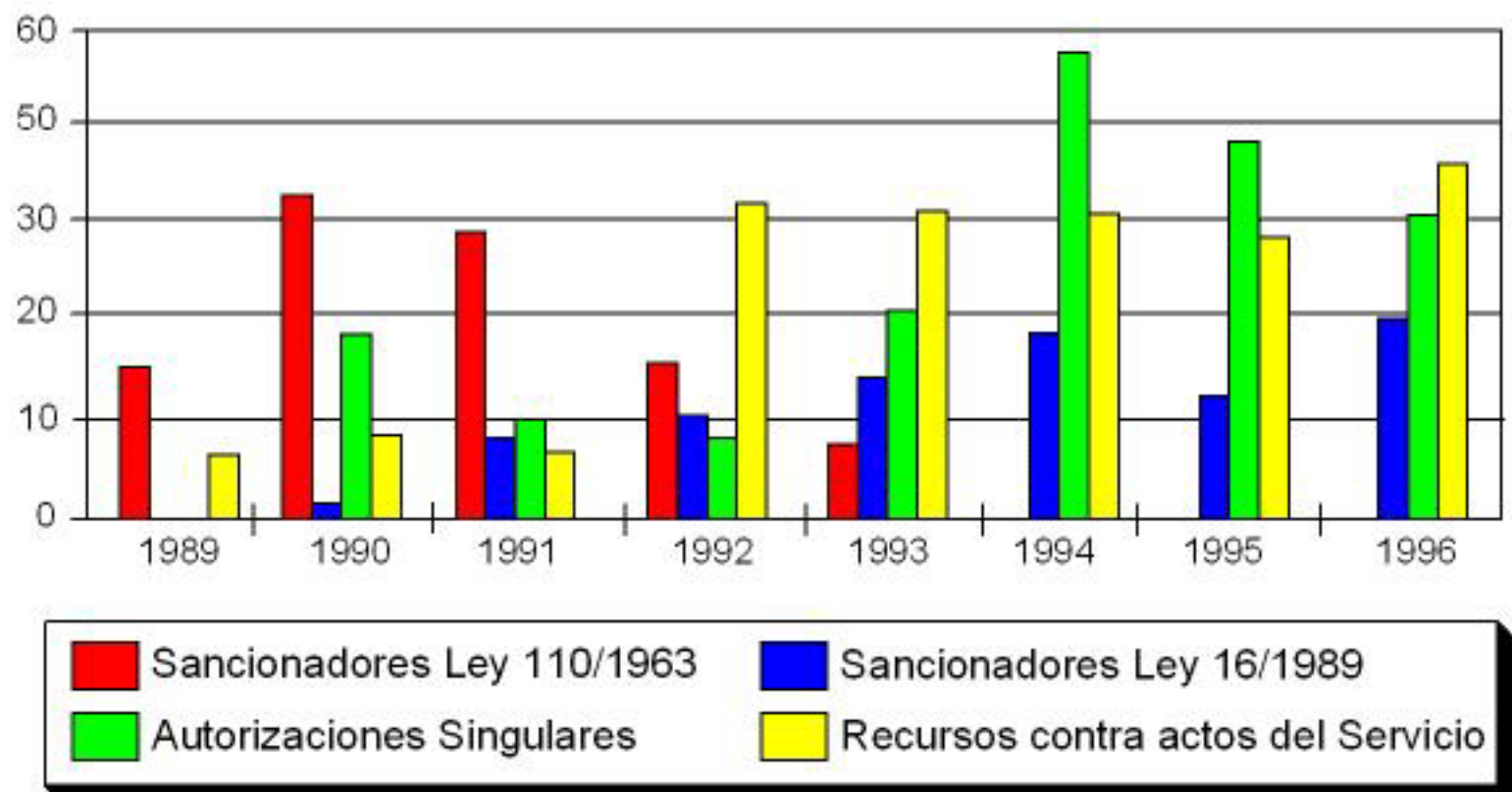


Gráfico 7

EXPEDIENTES TERMINADOS. 1995-1996 (Porcentajes)

AÑO 1995



AÑO 1996



Gráfico8

RECURSOS HUMANOS (1989-1996) (Número personas)

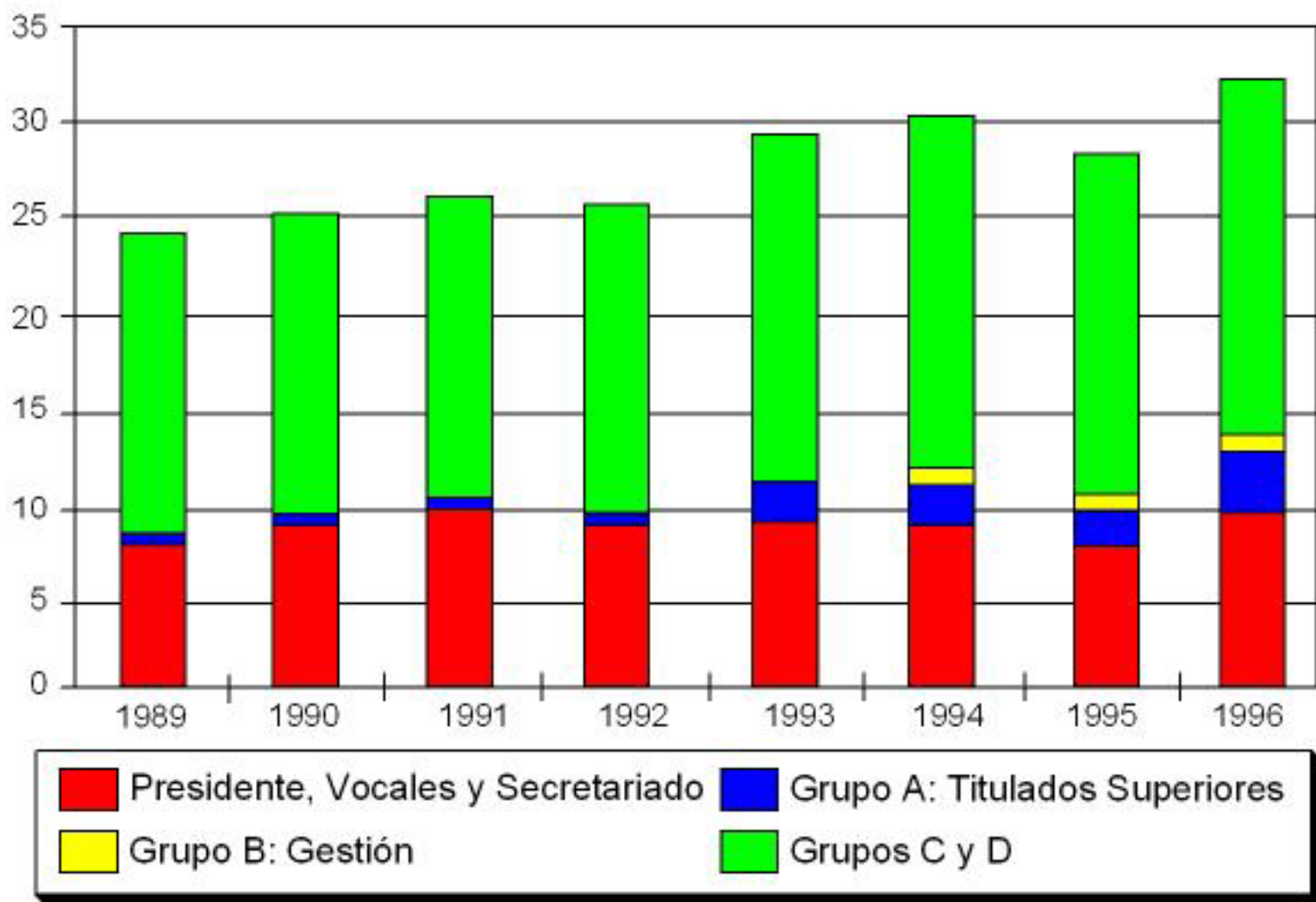


Gráfico 9

RECURSOS PRESUPUESTARIOS. 1989-1996

Créditos para gastos de personal y de funcionamiento y para inversiones
(millones de pesetas)

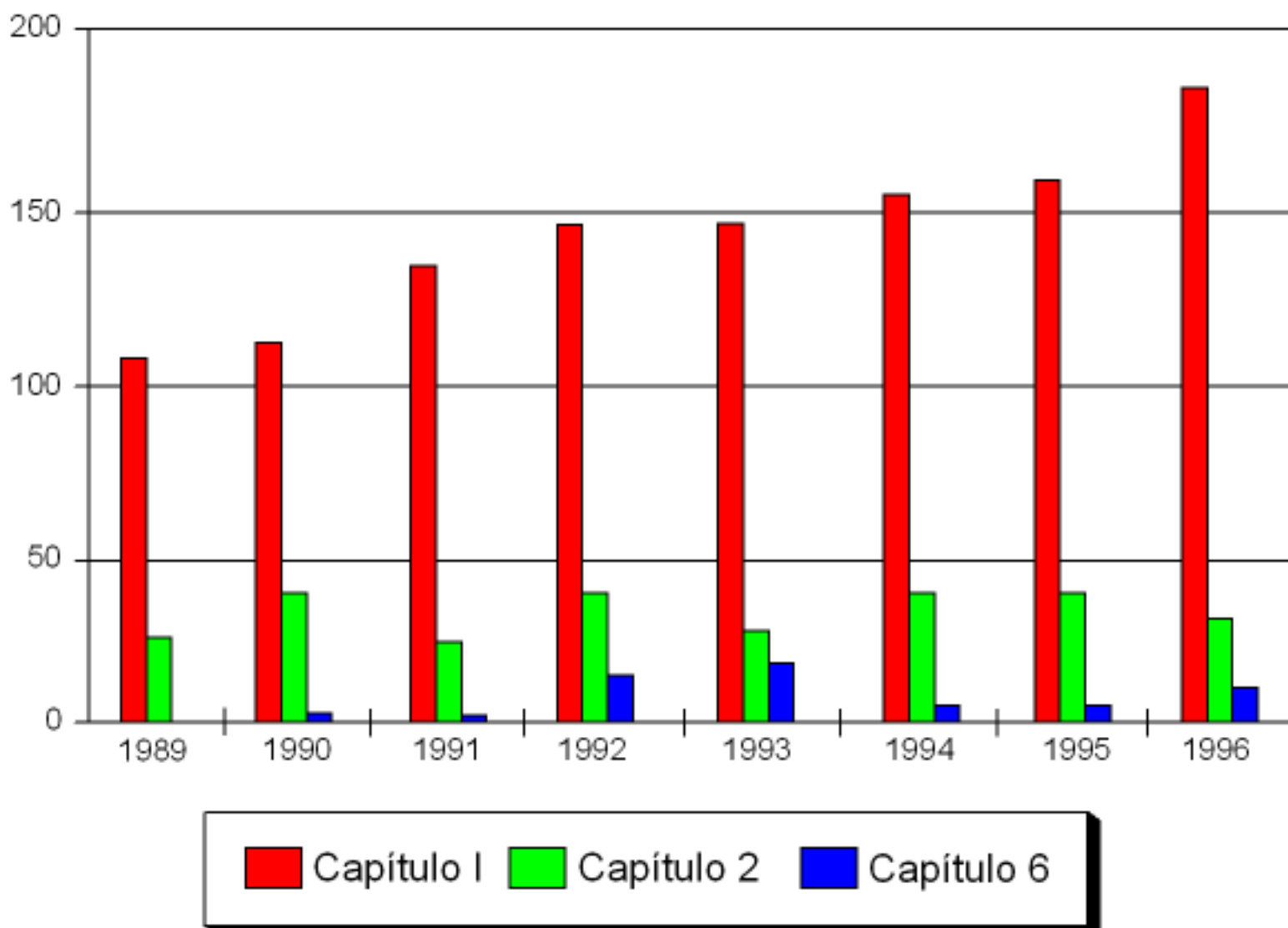


Gráfico 10

RECURSOS PRESUPUESTARIOS. 1989-1996

Créditos para gastos de personal y de funcionamiento y para inversiones
(millones de pesetas constantes de 1996)

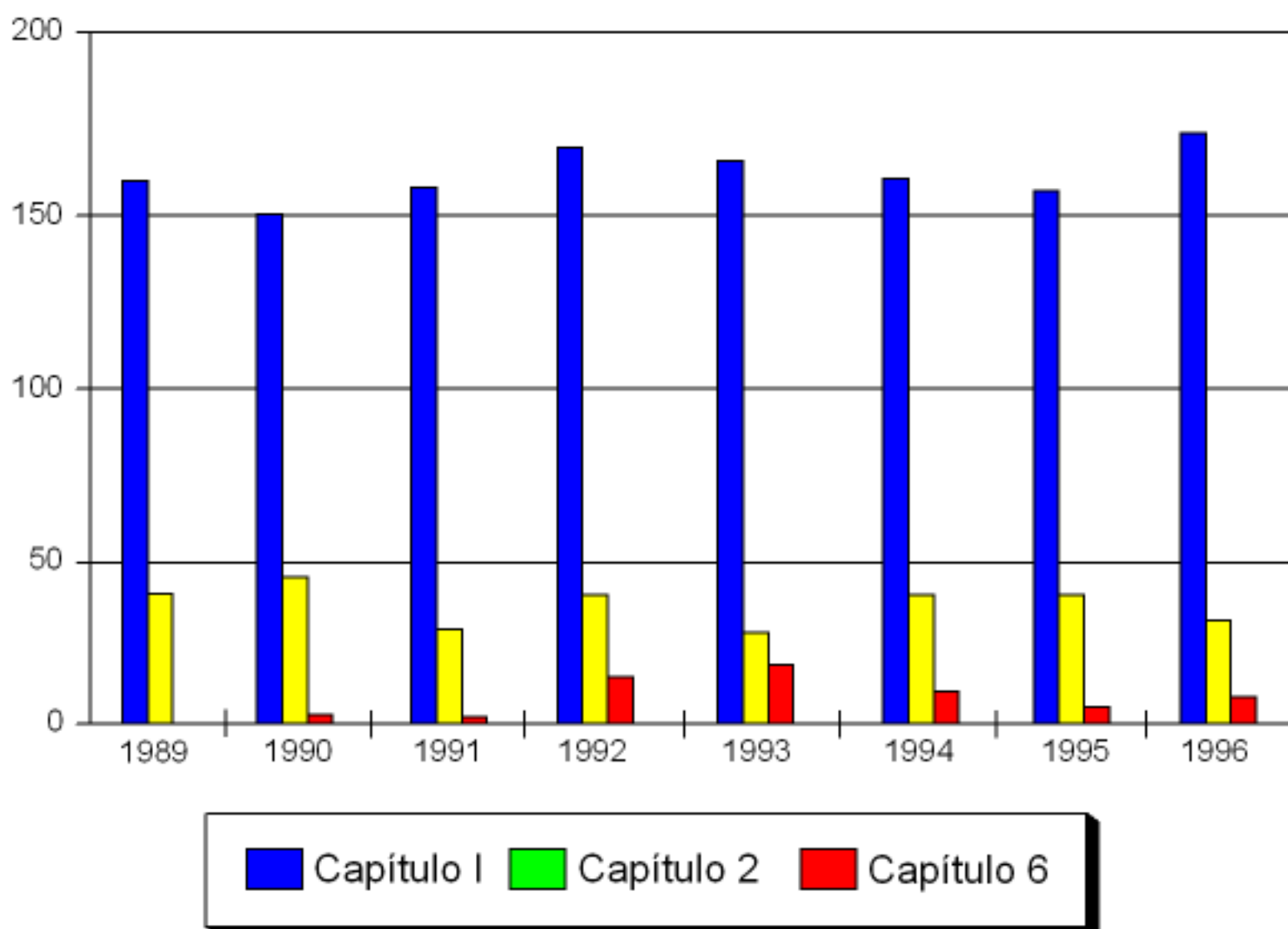
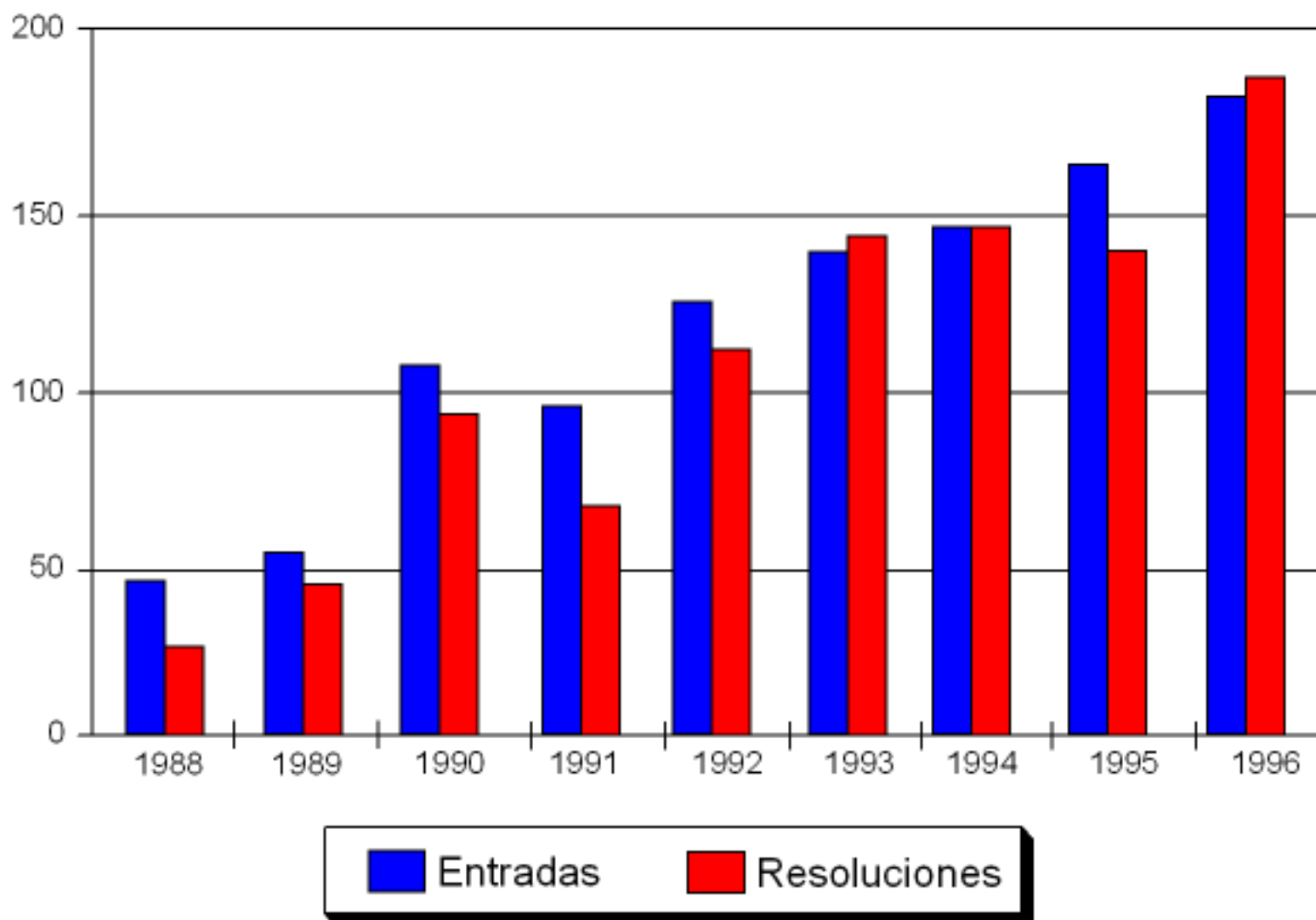


Gráfico 11

EXPEDIENTES DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1988-1996)



IV. DOCTRINA.

1. Panorama general.

Al igual que en las Memorias correspondientes a los años anteriores se destacan a continuación, sistematizadas y resumidas, las cuestiones más relevantes de las Resoluciones del TDC, atendiendo a los nuevos aspectos doctrinales que formulan o a la consolidación de los ya establecidos.

Los principales temas abordados por el Tribunal se agrupan distinguiendo entre los expedientes sancionadores por prácticas prohibidas, las medidas cautelares, los expedientes de autorización singular, los recursos y las cuestiones procedimentales.

En relación con los expedientes sancionadores por prácticas prohibidas, se analizan según se trate de acuerdos horizontales o verticales, no habiéndose tramitado ningún expediente por abuso de posición de dominio.

En materia de acuerdos horizontales se distinguen los supuestos de boicot (Lencería Gijón, Vendedores de Prensa de Santander, Asentadores de Pescado), cárteles de precios (Zontur, Panaderos de Burgos, Grúas País Vasco, Cárteles de Sidra, Ortopédicos Castilla-León, Pan de Barcelona), reparto de mercados (Cajeros Cajas de Ahorro) y limitación de la producción (Pan de Barcelona).

En relación con los acuerdos verticales destacan los casos de fijación de precios de venta (Cosméticos de Farmacia, Máquinas Fotocopiadoras, Cárteles de Sidra), distribución exclusiva (Cosméticos de Farmacia), reparto de las fuentes de aprovisionamiento (Máquinas Fotocopiadoras), imposición de prestaciones suplementarias (Máquinas Fotocopiadoras) y contratos de compra exclusiva (Texaco).

En referencia a los expedientes de medidas cautelares, el rasgo más destacable es el aumento significativo en el número de Resoluciones dictadas por el Tribunal ya que, mientras que en 1995 sólo se dictó una, en 1996 se dictaron cinco. En tres casos el resultado fue la imposición de medidas (Airtel/Telefónica; Cajas Rurales; Tabacos Canarias) y en los dos casos restantes, el rechazo de las mismas (Airtel/Telefónica 2; Contenedores Barcelona).

La resolución de los expedientes de medidas cautelares permitió al Tribunal realizar un análisis en profundidad de los requisitos y condiciones cuya concurrencia exige el artículo 45 LDC, haciendo especial referencia a los principios informadores de toda medida cautelar: la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora. Las medidas cautelares versaron sobre los siguientes temas: a) la realización de publicidad conjunta de los servicios distinguidos con las marcas Moviline y Movistart que realizaron Telefónica y sus filiales Telefónica Móviles y Telyco; b) la expulsión que realizó la Asociación Española de Cajas Rurales de dos Cajas Rurales por no haber respetado un acuerdo territorial sobre la apertura de oficinas; c) la inclusión de una cláusula de no competencia en un contrato de distribución en exclusiva; d) los acuerdos de exclusividad de Telefónica Móviles como restrictivos de la distribución de Airtel; y e) el ofrecimiento por parte de Tabacalera de determinados incentivos a los expendedores.

Por lo que se refiere a los expedientes de autorización, el Tribunal ha analizado 40 expedientes, de los cuales 24 se han referido a registros de morosos. Entre tales expedientes se pueden destacar los siguientes: Morosos Cerveceros; Morosos Construcción Galicia; Morosos Artes Gráficas, Publicidad, Informática y Construcción; Morosos Consignatarios de Barcelona. El resto pueden clasificarse del siguiente modo: 9 contratos-tipo (pudiéndose destacar La Casera y Franquicia Hotelera B.W.); 1 base de datos (Base de Datos Información Patrimonial); 1 boletín de precios (Precios Venta CVSCCL); y 1 registro de información de riesgos y solvencia (Servicio TRIP/ASNEF). Además, el Tribunal dictó una Resolución de aclaración, una de revocación y concedió dos prórrogas.

En relación con los expedientes relativos a la resolución de los recursos planteados ante el Tribunal contra decisiones del Servicio, durante 1996 se han resuelto 43 recursos, de los cuales 28 se presentaron contra Acuerdos de archivo de denuncias; 12 contra Acuerdos de sobreseimiento; 1 contra el archivo de una solicitud de autorización singular; 1 contra la denegación por acto presunto de medidas cautelares y, finalmente, se recurrieron unas órdenes de investigación domiciliaria dictadas por el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia. De los 43 recursos, 30 se han desestimado y 13 fueron estimados.

Los recursos se han referido a la actividad administrativa y económica de las Administraciones Públicas (se puede destacar Ayuntamientos del País Vasco, Funerarias de Madrid 3, Corredores de Comercio II, Handling Aeropuertos, Cablevisión, Farmacias Alicante, Arquitectos Canarias); a cuestiones civiles (Ford España, Bebidas Alcohólicas, Instituto Social de las

Fuerzas Armadas); a una concertación colusoria (Tipos de interés); a prácticas de abuso de posición de dominio (Shell Repsol, Transformadores Eléctricos, Marcaciones Abreviadas Telefónica, La Voz de Galicia, General Española de Librería, Prensa Barcelona, Televisión de Burgos); y, por último, a competencia desleal (Ascensores Málaga).

En cuanto a las cuestiones procedimentales se pueden destacar las siguientes: desistimiento (Contenedores de Agua, Anaya Santillana, Hipotecas CECA); condición de interesado (Precios Venta CVSCCL); revocación de la autorización (Relojes Omega); imposibilidad de prórroga de medidas cautelares y momento en el que se debe proceder a la devolución de fianza (Desmotadoras de algodón); legitimación para solicitar del Tribunal la adopción de medidas cautelares (Airtel/Telefónica); caducidad (Zontur, Cajeros Cajas de Ahorro; Grúas País Vasco); ausencia de infracción del artículo 37.1 LDC (Zontur); apertura de expediente sancionador una vez concluido el expediente de concentración que había motivado su paralización (Cablevisión); la instrucción no ha de limitarse a los hechos denunciados (Cosméticos Farmacia); suspensión de las Resoluciones del Tribunal (Vendedores de Prensa de Cantabria); documentos presentados en el acto de la Vista (Ortopédicos de Castilla y León); información reservada (Ford España); improcedencia del recurso extraordinario de revisión (Funerarias Madrid 1); práctica de pruebas en un expediente de recurso (Instituto Social de las Fuerzas Armadas ISFAS, Seguros Médicos Canarias); práctica de pruebas; recusación; escrito presentado en el Juzgado de Guardia (Funerarias de Madrid 3); recursos contra Acuerdo de archivo (Marcaciones Abreviadas Telefónica, Funerarias Madrid 3); obligación del Servicio de incoar un expediente cuando así lo interese el Tribunal (Cablevisión); el pliego de concreción de hechos no precisa ser notificado (Petrodis); solicitud de autorización instada por parte de los participantes (Desmotadoras Algodón); recurso contra acto presunto del Servicio de no proponer medidas cautelares (Tabacos Canarias); derechos de defensa (Unión de Explosivos) y recurso contra acuerdo de inadmisión de una denuncia (Prestaciones Penitenciarias).

2. Expedientes sancionadores de practicas prohibidas

En el año 1996 se ha quebrado la tendencia de los últimos 3 años de disminución del número de expedientes sancionadores remitidos al Tribunal para su resolución. En efecto, mientras que en 1995 fueron 12 los expedientes sancionadores que llegaron al Tribunal y 12 las Resoluciones

dictadas, en 1996, 25 fueron los expedientes sancionadores que llegaron y 14 las Resoluciones dictadas.

Las Resoluciones del Tribunal han declarado la existencia de prácticas prohibidas y se han impuesto multas en 12 de los 14 expedientes analizados, hecho que supone un notable incremento en relación con el año 1995, en el que de los 12 expedientes analizados sólo en 7 se declaró la existencia de práctica prohibida y se impuso una sanción. El importe total de las sanciones fue de 224.300.000 en el año 1995 y de 322.975.000 en el año 1996.

2.1. Acuerdos horizontales

Resolución de 8.1.1996, Expte. 359/95, Lencería Gijón.

Esta Resolución se refiere a la realización, por parte de grupos o secciones de asociaciones empresariales, de prácticas restrictivas de la competencia consistentes, por un lado, en denunciar el mal hacer comercial de un competidor que practicaba una política agresiva de descuentos, rebajas y promociones; y, por otro, en la remisión de cartas a sus proveedores en las que se les amenazaba con un boicot si seguían suministrando sus productos al comerciante que llevaba a cabo dicha estrategia empresarial. De ella destaca, en primer lugar, la reiteración de la doctrina del Tribunal acerca de que la ausencia de finalidad anticompetitiva no excluye la aplicación del artículo 1 LDC ya que este precepto sanciona los acuerdos entre operadores económicos que tienen por objeto, producen o pueden producir el efecto de restringir o falsear la competencia en el territorio nacional.

Asimismo, la Resolución ratifica el criterio de que el artículo 1 LDC equipara los acuerdos y las prácticas concertadas entre empresarios con los acuerdos adoptados en el seno de las asociaciones, tanto si dichos acuerdos son vinculantes (decisiones) como si no lo son (recomendaciones). En relación con tales prácticas, acordadas en el seno de asociaciones empresariales, la Resolución aclara que, aún habiéndose adoptado sólo por secciones o grupos de comerciantes especializados de un sector de la Asociación profesional, al no tener éstos entidad independiente ni personalidad jurídica propia, sus actuaciones deben imputarse a la Asociación de que forman parte y bajo cuyo anagrama y representación llevaron a cabo los citados

acuerdos, consolidando la doctrina establecida por el Tribunal en la Resolución de 6.7.1992 (Vinateros de Guipúzcoa).

También aclara la Resolución que, en orden a acreditar la puesta en práctica de la conducta prohibida, es suficiente la suscripción de cartas circulares por un número elevado de empresarios y su remisión a los proveedores, aunque éstos no hubieran secundado el boicot, si aquella actuación se hubiera traducido en efectos intimidatorios claros en algún caso.

Finalmente, la Resolución insistió en el criterio del Tribunal relativo a la aplicación del artículo 10.3 LDC, de imponer multas, además de la sanción correspondiente a las asociaciones empresariales, a sus representantes legales o a las personas que, integrando los órganos directivos de la misma, hubieran intervenido en el acuerdo o la decisión.

Resolución de 8.1.1996, Expte. 337/93, Zontur.

La Resolución analiza el caso de dos circulares remitidas por el Coordinador General de Zontur (Asociación empresarial de segundo grado). La primera, recomendando que en la solicitud de precios oficiales para el año 1991 no se practicara ningún incremento sobre los precios de 1990. La segunda, recomendando a los hoteles asociados que negociaran, para el año 1993, un incremento de precios superior al IPC entre 2 y 4 puntos.

Esta Resolución vuelve a abordar la cuestión de los términos en que es posible imputar a una Asociación conductas que no han sido formalmente acordadas por sus órganos colegiados. Se insiste en la doctrina del Tribunal de que no es necesaria la concurrencia de tal requisito para imputar a la Asociación una recomendación colectiva, bastando la actuación de su Presidente. También reitera el criterio de que para determinar la antijuricidad de una conducta en orden a la aplicación del artículo 1 LDC es necesario analizar el objeto o efecto de la recomendación (su contenido) y no los motivos o finalidades pretendidas, los cuales sólo deberán ser tenidos en cuenta, una vez declarada la ilicitud, para graduar las consecuencias administrativas de la conducta infractora (multa).

Asimismo se considera específicamente la cuestión de si la intervención de una autoridad administrativa constituye amparo legal

suficiente a los efectos de aplicar la excepción del artículo 2.2 LDC, concluyendo que, aunque la conducta haya sido aconsejada, aprobada o impuesta por aquélla, si no tiene atribuida competencia suficiente, constituirá infracción del artículo 1 LDC. No obstante, la concurrencia de esta circunstancia, siempre que se acredite que existió confianza legítima en el actuar administrativo, error de prohibición u obediencia debida, aún no siendo eximente de la responsabilidad administrativa, puede atenuarla.

Por último, la Resolución analiza la posible justificación de una conducta prohibida como reacción defensiva frente a una situación de crisis o a otra conducta anticompetitiva, afirmando concluyentemente que la situación de crisis no justifica una reacción anticompetitiva. Las situaciones de crisis están previstas en la LDC como un supuesto de autorización y, mientras dicha autorización no se conceda, nada legítima que se lleven a cabo prácticas que supongan infracciones del artículo 1 LDC ni que los demandantes que dominan el mercado actúen abusivamente.

El Tribunal impuso una multa a Zontur y a su Presidente.

Resolución de 29.3.1996, Expte. 367/95, Playas de Binicudrell.

La cuestión de fondo planteada en el expediente se refería a si una Comunidad de Propietarios, cuyos estatutos limitan la actividad a que pueden destinarse unos locales comerciales, evitando la competencia entre ellos, incurre o no en una práctica prohibida por el artículo 1 LDC.

La Resolución analiza, en primer lugar, si la Comunidad de Propietarios puede ser sujeto de una infracción del artículo 1 LDC. El análisis conduce al Tribunal a disponer que, normalmente, los acuerdos de una Comunidad de Propietarios de propiedad horizontal no se examinarán a la luz del artículo 1 LDC por cuanto que éstos, generalmente, tienen por objeto simplemente establecer reglas de convivencia entre los comuneros. Ahora bien, en el presente caso, en tanto que el edificio sobre el que se constituye la propiedad horizontal es de tipo comercial, se puede entender que sus propietarios son empresarios y, como tales, pueden estar interesados en restringir la competencia o causar dicha restricción mediante la concertación.

En segundo lugar, la Resolución analiza si los estatutos acordados tienen por objeto o efecto el restringir la competencia y, a este respecto, el Tribunal ratifica la doctrina de que para acreditar la existencia de una infracción debía quedar probado, mediante un análisis de las condiciones de competencia en la zona comercial de influencia afectada, que los pactos de limitación de la actividad restringían la competencia. Ahora bien, aún dándose el caso de que las limitaciones de la competencia estuvieran efectivamente restringiendo la misma en la zona de influencia, si se trata de una zona singular y aislada, las restricciones a la competencia pueden ser admisibles siempre que se sometan a la autorización singular del Tribunal, y éste la conceda (Resolución de 5.6.1990, Expte. 15/90, Pueblo Español de Montjuic).

En el presente caso, al no haberse realizado un análisis de las condiciones de competencia en la zona comercial de influencia en la que estaba localizado el centro comercial, el Tribunal consideró que no había resultado acreditada ninguna infracción de la Ley 16/1989.

Resolución de 4.7.1996, Expte. 366/95, Vendedores de Prensa de Cantabria.

La Resolución se refiere a un supuesto en el que la Asociación Profesional de Vendedores de Prensa de Cantabria acordó hacer un llamamiento a todos los asociados para que cancelaran temporalmente la recogida de las publicaciones distribuidas por la distribuidora y la venta de las mismas, dando a conocer a la opinión pública las causas, y mandando una circular a todos los puntos de venta con los motivos, solicitando apoyo y recogiendo firmas, como medio para obligar a la distribuidora a modificar determinadas estipulaciones contractuales.

El Tribunal reiteró la doctrina de la Resolución de 7.1.1993 (Expte. 315/92, Prensa Bidasoa) acerca de que los vendedores de periódicos, al actuar en nombre propio y no estar vinculados con el distribuidor mediante un contrato laboral, son empresarios independientes, sujetos a las leyes del mercado y sometidos a la LDC. También confirmó el criterio del Tribunal (Resolución de 26.12.1995, Expte. 360/95, Mutua Madrileña Automovilista) acerca de que el funcionamiento competitivo del mercado que la LDC tutela exige que las decisiones de quienes en él actúan se tomen autónoma y libremente por cada operador económico. La negociación colectiva

no resulta prohibida en tanto que lo permita la Ley o la autorice singularmente el Tribunal (artículo 4 LDC), lo que no ocurre en el presente caso, dado que la autorización ni siquiera fue solicitada.

En relación con el boicot, el Tribunal distinguió entre la adopción del acuerdo y su ejecución, para afirmar que la imputada ha de ser la Asociación, sin que pueda ser acogida la inculpación de los vendedores de prensa. En efecto, en sus alegaciones la Asociación confundió el acuerdo de boicot -tomado en la Asamblea- y su ejecución, que solamente podían realizar los vendedores de publicaciones, a quienes iba dirigido el acuerdo, dado que la Asociación como tal no vende publicaciones. Por otra parte, la Asociación hizo cuanto fue posible para alcanzar el acuerdo de boicot y para el éxito de su ejecución. Y la propia Asociación decidió poner fin al boicot cuando la distribidora cedió, comunicándolo así a sus ejecutores. Asimismo, reiteró que para la aplicación del artículo 1 LDC basta con que haya un perjuicio potencial para la competencia, circunstancia que concurre en el acuerdo de boicot, aunque no se haya producido un perjuicio efectivo a la distribidora.

Insiste la Resolución en que la realización de conductas anticompetitivas como respuesta a otras conductas prohibidas no excluye la aplicación de la LDC (Resoluciones de 30.7.1992, Mutua Madrileña Automovilista; 7.10.1993, Vendedores de Prensa de la comarca del Bidasoa; y 28.6.1995, Asociación Tocoginecólogos de España).

Por último, el Tribunal aplicó el artículo 10.3 LDC imponiendo una multa no sólo a la Asociación, sino también a su Presidente.

Resolución de 18.7.1996, Expte. 371/95, Panaderos de Burgos.

El asunto sometido a la decisión del Tribunal se refiere a dos conductas realizadas por la Asociación Provincial de Fabricantes y Expendedores de Pan de Burgos: la primera consistió en la firma de un acuerdo por la Asociación impuesto con presiones y amenazas a los industriales pasteleros que vendían pan los domingos, con el objetivo de fabricar y vender un formato de pan de reducidas dimensiones que acostumbraba a tener un precio superior al normal. La segunda era un acuerdo, íntimamente ligado con el anterior, para el incremento del precio del pan. Como señala la Resolución, parecía deducirse que la Asociación quería, en primer lugar, suprimir la

competencia que los días festivos realizaban los industriales pasteleros que vendían pan, para, a continuación, incrementar el precio del pan. En la instrucción del presente expediente debe destacarse la colaboración de la Junta de Castilla y León para la acreditación, mediante inspecciones in situ, de las conductas imputadas.

En relación con la primera de las conductas, la Resolución justifica la inclusión de los industriales pasteleros en el expediente sancionador nada más que como interesados porque, pese a haber suscrito el acuerdo, éste les perjudicaba y fueron forzados a firmarlo en virtud de las presiones y amenazas de todo tipo que sufrieron.

En cuanto a la segunda de las conductas, la Resolución considera acreditada su existencia a pesar de las ligeras diferencias en el peso del pan y en las fechas de su puesta en práctica, atendiendo a la ausencia de una explicación lógica de dicha coincidencia distinta de la existencia de una concertación para actuar de igual forma.

Reiteró la Resolución la doctrina del Tribunal en relación con la gravedad de los acuerdos horizontales dirigidos a incrementar los precios, indicando que tales acuerdos *"constituyen una de las más graves infracciones del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, ya que generan mayor ineficiencia y resultan dañinos para el consumidor final, pues suponen sustituir la rivalidad entre competidores por la concertación en las condiciones de venta de los productos, y ello limita a los consumidores poder optar por la adquisición de los productos en un establecimiento u otro según existan diferencias de precios, consecuencia que se produce en el acuerdo adoptado por la Asociación ..."*

Finalmente, la Resolución destaca el hecho de que, para la fijación de la multa a una asociación empresarial que carece de volumen de ventas, se utiliza como criterio de referencia el volumen del mercado afectado estimado a través de los datos públicos de consumo (Encuesta de Presupuestos Familiares publicada por el INE). En este caso, se sancionó a la Asociación y a su Presidente y Secretario, en aplicación del artículo 10.3 LDC.

Resolución de 29.7.1996, Expte. 373/95, Grúas País Vasco.

En dicha Resolución el Tribunal ha analizado la conducta de la Agrupación Empresarial de Alquiladores de Grúas de Servicio Público del País Vasco (Agrunor), consistente en la publicación en la prensa local de anuncios con las tarifas mínimas para la prestación de sus servicios.

La imputada alegó violación del principio de confianza legítima por cuanto que la Administración Autonómica, a la que se había dirigido para la publicación de las tarifas en el Diario Oficial y la cual le había indicado el Departamento competente al que podía dirigirse a tal efecto, fue la que remitió las tarifas publicadas al Servicio de Defensa de la Competencia. El Tribunal excluyó la aplicación del principio de confianza legítima dado que la iniciativa partió de Agrunor, la cual realizó la publicación autónomamente sin indicación, sugerencia o inducción alguna por parte de la Administración.

Por otra parte, aunque no se acreditó un seguimiento generalizado de las tarifas publicadas, la Resolución reitera que el artículo 1 LDC no exige para la consumación de la infracción que se produzca efectivamente el efecto perturbador sobre el mercado, bastando la mera posibilidad de que aquél pueda tener lugar. Los efectos realmente producidos, así como la intencionalidad de la Asociación que incurrió en la conducta prohibida, sólo se toman en consideración para graduar la infracción, de conformidad con lo previsto en el artículo 1 LDC. El Tribunal impuso una multa a la Agrupación.

Resolución de 31.7.1996, Expte. 369/93, Cajeros Cajas de Ahorro.

El expediente se tramitó en relación con un Protocolo de Colaboración suscrito por 4 Cajas de Ahorro. Dicho Protocolo contenía un acuerdo de reparto de mercados al incluirse un pacto de no competencia (apertura de oficinas) en las respectivas zonas de influencia (territorios naturales) de cada una de ellas, así como la expansión conjunta coordinada fuera de dichas zonas.

La Resolución discute las alegaciones de las imputadas de que el Protocolo era una mera declaración de intenciones que nunca fue puesto en práctica, no sólo porque los datos obrantes en el

expediente lo desvirtúan, sino también por la aplicación de la doctrina del Tribunal de que el artículo 1 LDC prohíbe la mera adopción de acuerdos anticompetitivos, sin que sea precisa su puesta en práctica para incurrir en la ilicitud que dicho precepto sanciona.

Por otra parte, las imputadas pretendieron ampararse en la aplicación del principio de confianza legítima, alegando que sólo siguieron las indicaciones de las Autoridades Estatales y Autonómicas en materia financiera. Esta argumentación quedó también rechazada, considerando que el pronunciamiento de tales Autoridades sobre la necesidad de que las pequeñas entidades financieras establezcan formas de cooperación para fomentar su eficacia, no incluye la inducción directa ni indirecta para la adopción de pactos de no competencia territorial o de reparto de mercados.

Asimismo, las imputadas solicitaron la aplicación del nuevo artículo 3.1 LDC estimando que el acuerdo no afecta de forma sensible a la competencia. La Resolución rechaza también esta alegación atendiendo a tres razones: la primera, que no parece que la facultad de no persecución pueda ejercitarse cuando el expediente está visto para resolución; la segunda, que, atendiendo a su naturaleza, el reparto de mercados es una de las infracciones más graves de la competencia; y, por último, que no puede admitirse la alegación de que las conductas imputadas sean de escasa trascendencia económica en una zona de influencia en la que cada caja tiene una posición preponderante.

Finalmente, la Resolución aborda la aplicación del artículo 10.1 LDC para la determinación de las multas, exponiendo el criterio del Tribunal de que tratándose de entidades financieras el volumen de ventas debe calcularse en función de los balances, por analogía con lo dispuesto en el artículo 2. b) del Real Decreto 1080/1992, y utilizando los criterios en él reseñados.

Resolución de 21.11. 1996, Expte. 378/96, Asentadores de pescado.

La conducta analizada se refiere al acuerdo adoptado por la Asociación Nacional de Asentadores y Entradores de Pescado de los Mercados Centrales y Mercas por el que se imponía, de un lado, que todo el pescado transportado desde los puertos de origen con destino a 6 provincias, sólo podía ser recepcionado y descargado en los

Mercas y, de otro, que sólo se recepcionaría el consignado exclusivamente a nombre de los mayoristas que fueran titulares de puestos en el mercado de destino.

Con ello se pretendía obligar a que la comercialización de pescado en las provincias que concentran el mayor número de habitantes tuviera lugar únicamente a través de los mayoristas titulares de puestos en los Mercas, excluyendo a otros competidores.

La Asociación pretendió justificar el acuerdo señalando, en primer lugar, que los mayoristas sin puesto en los mercados centrales tienen otras posibilidades de transporte alternativas (camiones propios o de otros transportistas que no descarguen en el Merca); en segundo lugar, que la descarga en ruta produce retrasos con perjuicio para los asentadores de los Mercas; y, por último, que el servicio de carga y descarga en tales mercados sólo es sufragado por los titulares de los puestos, de forma que los competidores obtendrían gratis este servicio.

El Tribunal rechazó dichas justificaciones ratificando la libertad de elegir el medio de transporte apropiado a las necesidades del empresario, señalando la existencia de fórmulas alternativas para evitar los retrasos y afirmando que la compensación económica por los servicios de carga y descarga, de ser lícita, debe obtenerse por medios legales y no realizando una conducta prohibida por la LDC.

Por último, el Tribunal en aplicación del artículo 10.3 LDC, sancionó a la Asociación y a los miembros de la Junta Directiva. No obstante, quedaron exentos de responsabilidad los asistentes a la reunión que, por no ser miembros de la Junta, carecían de voz y voto.

Resolución de 12.12.1996, Expte. 376/96, Cárteles de Sidra.

En la Resolución se consideraron dos convenios diferenciados suscritos por los operadores implicados: el primero, de carácter vertical, entre la Asociación de Cosecheros de la Manzana y la de Lagareros; y, el segundo, de naturaleza horizontal, entre los propios hosteleros. Dado que los dos convenios no están conectados entre sí, la Resolución los analizó por separado. Por ello, en el presente apartado se hace referencia, exclusivamente, al segundo de ellos. El convenio de carácter vertical se analizará en el apartado 2.2.

El acuerdo horizontal se celebró entre los hosteleros encuadrados en la Asociación Empresarial de Hostelería de Gijón, Carreño y Villaviciosa (AEHG) y consistía en fijar en 250 pesetas el precio de venta al público de la botella de sidra a partir del día 1.8.1994, dándolo a conocer mediante el envío de una circular y por medio de un anuncio en la prensa local.

En relación con el acuerdo, la Asociación negó su autoría ya que, argumentando que se limitó a coordinar la reunión en que se adoptó, negó tanto que tuviera carácter obligatorio como que se hubiera ejecutado.

La primera alegación fue rechazada por el Tribunal considerando que el acta de la reunión es suficiente para entender que la AEHG había asumido los acuerdos y, aunque admite que no constaba la convocatoria ni se había consignado la lista de asistentes, ello puede dar lugar a una impugnación en el ámbito civil de la validez de los acuerdos adoptados, la cual no es necesaria para la aplicación de la LDC.

La segunda alegación también fue rechazada conforme a la doctrina reiterada del Tribunal de que la falta de ejecución no es un elemento necesario para la consumación de las infracciones del artículo 1 LDC en el que se incluyen las recomendaciones de precios.

El Tribunal reiteró su doctrina de que los acuerdos sobre precios (artículo 1.1 LDC) son los que revisten mayor gravedad "porque suprimen la competencia entre empresarios en un elemento esencial para diferenciar sus ofertas, impidiendo a los consumidores beneficiarse de los menores precios que resultarían de la competencia entre expendedores y, en todo caso, limitan su capacidad de elección entre ofertas que serían, en competencia, más diversificadas".

La AEHG fue sancionada.

Resolución de 12.12.1996, Expte. 364/95, Ortopédicos Castilla-León.

El expediente contempla tres imputaciones: en primer lugar, la elaboración y la publicación por la Federación Española de Ortesis y Protésistas (FEDOP) de un catálogo de productos

ortoprotésicos incluyendo precios recomendados de venta al público; en segundo lugar, el acuerdo de la Asociación de Ortopédicos de Castilla y León para concurrir conjuntamente a un concurso convocado por la Administración para la confección de órtesis de tronco; y, por último, el acuerdo de 5 empresas para concurrir con los mismos precios al concurso citado.

En relación con la primera imputación, la Resolución analiza la aplicación del principio de confianza legítima, alegado por la imputada, rechazándola. A este respecto señala que, aunque hubo reuniones entre FEDOP y el Insalud para la elaboración de un "Catálogo General de Especialidades de Material Ortopédico", aquéllas tuvieron como objeto la normalización de los productos y las prestaciones, pero no la unificación de los precios, a lo que era contraria la Administración. Asimismo reitera la doctrina del Tribunal de que el artículo 1 LDC prohíbe tanto las decisiones (precios vinculantes) como las recomendaciones (precios orientativos).

Sobre el resto de las imputaciones, la Resolución ratifica el criterio de que la conducta de una Asociación de operadores económicos está sometida a la LDC y afirma que la decisión de homogeneizar ofertas para concurrir a un concurso público convocado con el objeto de abaratar los precios de determinados productos infringe el artículo 1 LDC, al restringir la competencia en precios y potenciar, posteriormente, un reparto del mercado.

La Resolución rechaza la alegación de la imputada sobre la ausencia de intencionalidad, confirmando que el artículo 1 LDC configura un tipo objetivo y que aquélla debe valorarse sólo a los efectos de determinar la eventual sanción.

Finalmente, la Resolución aborda la aplicación del artículo 10.3 LDC, en relación con el principio non bis in idem. La Resolución estima que en el supuesto de infracciones cometidas por personas jurídicas, los acuerdos adoptados por sus órganos de formación y expresión de la voluntad social se imputan a aquélla sin que pueda, salvo que se levante el velo de la personalidad, perseguirse el acuerdo adoptado por las personas que integran el órgano como una conducta independiente. En caso contrario, se produciría una vulneración del citado principio.

Cuestión distinta es la responsabilidad subsidiaria que, en caso de condena de la persona jurídica, proceda contra sus representantes legales o contra las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. Esta responsabilidad es la contemplada en el artículo 10.3 LDC.

El Tribunal impuso multas.

Resolución de 16.12.1996, Expte. 377/96, Pan de Barcelona.

La cuestión objeto del expediente es el acuerdo adoptado por las Asociaciones de panaderos y pasteleros de Barcelona, así como las Federaciones catalanas de alimentación de UGT y CC.OO, para que las pastelerías artesanales con fabricación propia pudieran elaborar y comercializar pan los domingos y festivos, pero sólo una pieza de pan especial enriquecido de 100 gramos. Las panaderías no podían abrir los días señalados por prohibirlo la Ley de Comercio Interior de Catalunya y el Decreto 23/1993, que la desarrollaba en materia de horarios comerciales; ni podían fabricar o comercializar pan por aplicación del convenio colectivo del sector. Los imputados fueron únicamente las Asociaciones de panaderos y pasteleros.

La Resolución, reiterando que los imputados son operadores económicos, consideró que, al consagrar la prohibición impuesta a los panaderos e impedir que los pasteleros fabricaran y comercializaran otras piezas de pan distintas de las pactadas, se producía una infracción del artículo 1.1.a) y b) LDC y confirmó una vez más que la ausencia de intencionalidad anticompetitiva y la no producción de efectos sólo deben ser considerados en orden a la determinación de la sanción, pero no excluyen la infracción de la LDC.

Analiza específicamente la intervención de la Administración Autonómica, ya que el acuerdo había sido auspiciado por ella, concluyendo que esta circunstancia no desvirtúa la tipicidad del hecho ni su antijuricidad, porque dicha intervención no reviste la forma de una disposición reglamentaria dictada en aplicación de una ley ni constituye un acto administrativo adoptado en el ejercicio de potestades administrativas que gocen de amparo legal. A este respecto, la Resolución recuerda que en un sistema de economía de mercado (artículo 38 CE) la competencia se convierte en un bien

jurídico que todos los poderes públicos deben defender y tutelar, tal como ha reconocido el Tribunal Constitucional (STC de 1.7.1986).

Según el Tribunal, ello significa que, en principio, las intervenciones administrativas sólo se justifican en función de la competencia o de otros intereses generales que interesa salvaguardar, como la seguridad, la salud o la protección de los consumidores. Sin embargo, la actuación de la Administración en el caso que se analiza trató de restringir la competencia en beneficio de los intereses particulares de un sector, causando con ello una distorsión del mercado y un perjuicio para los consumidores.

El Tribunal no compartió los argumentos del Servicio para sobreseer el expediente en relación con las Federaciones Sindicales del sector de la Alimentación y "obiter dictum" declaró "que no puede negarse a los sindicatos la condición de operadores económicos por principio. En cada caso deberá analizarse si han actuado en defensa de los intereses que les son propios o al margen de aquéllos, en cuyo caso, podrían incurrir en las prohibiciones establecidas en las normas reguladoras de la libre competencia".

El Tribunal impuso multas.

2.2. Acuerdos verticales.

Resolución de 31.7.1996, Expte. 363/95, Cosméticos Farmacia.

La Resolución aborda dos imputaciones a los fabricantes/importadores de productos cosméticos: en primer lugar, la fijación de los precios de venta al consumidor; y, en segundo lugar, la distribución exclusiva de productos cosméticos por medio de oficinas de farmacia.

Acerca de la primera conducta, parte de las imputadas alegaron su ignorancia sobre que el señalamiento de precios estaba prohibido y otras que los precios señalados no eran precios fijados pues se limitaban a sumar al precio de venta del fabricante el porcentaje que aplican usualmente los comerciantes farmacéuticos. Aducían también como exculpación que los precios eran simplemente recomendados.

El Tribunal desestimó las alegaciones formuladas. La primera, porque no excluyendo la ignorancia de la ley su cumplimiento, tampoco resultaba disculpable tratándose de una conducta que ya estaba prohibida por la Ley 110/1963. La segunda, por cuanto la imputación no se refiere a la cuantía del precio fijado sino al hecho mismo de su señalamiento.

Sobre los precios recomendados la Resolución destaca que pueden ser admisibles cuando hay suficiente competencia entre los revendedores, ya que en tal caso funciona como precio máximo y facilita al consumidor la comparación de ofertas que se distinguen por el porcentaje de descuento que cada una ofrece respecto del mismo producto. Reitera así la doctrina expuesta en la Resolución de 23.6.1992 (Expte. 31/92, Contrato-Tipo STIHL) de que "...la existencia de competencia intramarca en el precio de venta es un elemento indispensable en un sistema de distribución selectiva, de modo que si se observare la existencia de acuerdo entre el concedente y los distribuidores o de conductas paralelas entre éstos para evitar la práctica de descuentos, la autorización podrá ser revocada".

No obstante, aclara el Tribunal que la competencia intramarca no se da generalmente en el sistema de distribución farmacéutico, que constituye un circuito cerrado en el que rige el numerus clausus y en el que la competencia en precios entre farmacias está deontológicamente prohibida, directamente o por aplicación del principio de solidaridad y dignidad profesionales que impera en esta profesión. Este comportamiento no competitivo, cuyo origen está en el que rige para el medicamento, tiende a extenderse a otros productos como los cosméticos, que no son medicamentos, teniendo los propios farmacéuticos un interés específico en que el fabricante señale el precio de venta al público para evitar que, en su defecto, se estimule una competencia no deseada. Mediante este razonamiento el Tribunal llegó a la conclusión de que en el canal farmacéutico el precio recomendado funciona como un precio fijo que, al ser seguido por todos, les permite mantener unos mismos márgenes, contribuyendo al funcionamiento no competitivo del mercado.

Por lo que respecta al sistema de distribución exclusiva por conducto de las oficinas de farmacia el Tribunal, en concordancia con la doctrina comunitaria, concluyó que se trataba de una exclusiva

prohibida por el artículo 1 LDC, no siendo susceptible de autorización.

Aclaraba la Resolución que la conducta prohibida tiene lugar cuando se cierra el mercado por medio de acuerdos que impiden al distribuidor salirse del canal farmacéutico y vender a personas ajenas al mismo, asegurando la estanqueidad de un circuito que beneficia a los fabricantes y los farmacéuticos y perjudica a los vendedores y los consumidores. Sin embargo, ello no implica la prohibición de utilizarlo ni la imposición de una política de ventas activa fuera del mismo. Y añadió el Tribunal que la conducta de fijación de precios analizada "viene a reforzar la falta de competencia de que adolece en general el circuito farmacéutico, impidiendo que ésta se inicie en productos que no son medicamentos, privando de este modo a los consumidores de la posibilidad de pagar los menores precios a que, si hubiera competencia, permitiría elegir el amplio margen con que los cosméticos se venden...".

Es de señalar, también, que el Tribunal, al amparo del artículo 46 LDC, adoptó medidas específicas adecuadas para evitar los efectos de la conducta sancionada. La Resolución consideró que la reiteración en el tiempo de la distribución de productos cosméticos exclusivamente por conducto del circuito farmacéutico ha creado la apariencia de que se trataba de una práctica legítima, induciendo a otros operadores a abstenerse de intentar entrar en el mercado. Este hecho aparece reforzado por la utilización en la publicidad de los productos cosméticos de expresiones como sólo en farmacias y similares que inducen a los consumidores a creer que tales productos no se encuentran fuera del canal farmacéutico. Por ello el Tribunal adoptó dos medidas específicas que tratan de contrarrestar tales efectos. Por una parte, obligó a las autoras de la práctica a dirigirse a una Asociación nacional de grandes distribuidores minoristas manifestando su disposición a atender los pedidos que formulen sus asociados. Por otra, intimó al cese de la publicidad que pudiera inducir a mantener la creencia de que la venta sólo se produce en farmacias. Además, el Tribunal impuso multas.

Resolución de 25.10.1996, Expte, 355/94, Máquinas Fotocopiadoras.

En el expediente se enjuicia la conducta de cuatro empresas suministradoras de máquinas fotocopiadoras en relación con los

contratos suscritos con sus distribuidores. Las conductas que se reprochan a las empresas consisten en la inclusión de determinadas cláusulas restrictivas de la competencia en los acuerdos verticales celebrados con los distribuidores de fotocopiadoras. No se detectó la existencia de acuerdos horizontales.

El Tribunal analizó las cláusulas contractuales que no son susceptibles de ser amparadas por los Reglamentos CEE 1983/83 y 1984/83, de exención por categorías, estimando que incurren en conductas prohibidas por el artículo 1 LDC en sus apartados a), c), y e).

Respecto de la fijación de precios de reventa, el Tribunal ratificó su criterio de que la recomendación de precios de reventa a los distribuidores sólo es admisible cuando existe una competencia suficiente entre los distribuidores (Resoluciones de 23.6.1992, Expte. 31/92, Contrato-Tipo STIHL y de 31.7.1996, Expte. 363/95, Cosméticos Farmacia).

Por otra parte, frente a la alegación de una de las empresas imputadas de que las cláusulas prohibidas habían sido objeto de una novación tácita, el Tribunal reiteró que la infracción del artículo 1 LDC es formal y se consuma por el acuerdo de voluntades no siendo la ejecución posterior un elemento del tipo y afirma que, para apreciar la novación, el artículo 1204 del Código Civil exige que el convenio novatorio sea inequívoco.

Asimismo, el Tribunal rechazó la alegación de que el hecho de estar procediendo a la sustitución de los contratos excluyera la aplicación del artículo 1 LDC, afirmando que la supresión de las estipulaciones prohibidas significaría, únicamente, la cesación de la práctica, pero no la inexistencia de una conducta prohibida.

La Resolución aborda el tratamiento que debe darse a una empresa extinguida que haya infringido, mientras existió, la LDC, reiterando la doctrina del Tribunal (Resolución de 28.9.1989, Expte. 242/88, AETO) de que, por aplicación de la correspondiente norma del procedimiento penal (artículo 115 Ley de Enjuiciamiento Criminal), no cabe condenar administrativamente a un sujeto que no existe, pero sí examinar y declarar la ilicitud de la conducta realizada.

El Tribunal impuso multas.

Resolución de 8.11.1996, Expte. 385/96, Texaco Petrolífera, S.A.

El expediente aborda un litigio de carácter interpretativo sobre la aplicación del Reglamento CEE 1984/83 de la Comisión a la cláusula octava del contrato de compra exclusiva suscrito entre Texaco y los titulares de estaciones de servicio.

La cláusula citada establece que el titular de la estación de servicio no podrá llevar a cabo en la estación ninguna otra actividad distinta de la venta al público al por menor de combustibles, carburantes, lubricantes y productos afines, o de servicios complementarios (cambio de aceite y lavado de coches), sin la autorización previa, expresa y escrita, de Texaco.

Texaco estimaba que, aún no existiendo disposición expresa en el Reglamento citado que ampare la cláusula contractual, es posible interpretar su pertinencia atendiendo a la Comunicación de la Comisión Europea de 13.4.1994. Señalaba que, siendo aplicables al contrato las consideraciones de la Comisión relativas a los acuerdos de suministro de cerveza que permiten someter a la autorización del vendedor las actividades del distribuidor que hagan desmerecer la imagen del establecimiento, se trata de una cláusula amparada por la exención. Ello es así porque la cláusula mencionada sólo pretende preservar la imagen comercial de la compañía y de las estaciones de servicio abanderadas por Texaco, que podría resultar dañada si el distribuidor realiza actividades mercantiles lícitas pero inadecuadas para aquel fin.

La Resolución admite que el interés que trata de protegerse puede considerarse legítimo. Sin embargo, declara que la cláusula es contraria al artículo 1 LDC por su carácter absoluto y omnicomprendivo de cualquier actividad. Esta circunstancia determina que la limitación de la libertad comercial que impone al distribuidor resulta desproporcionada respecto del interés legítimo que se pretende preservar.

Añade la Resolución que, aún admitiendo la aplicación analógica de las consideraciones de la Comisión relativas al suministro de cerveza, se llega a la misma conclusión. En efecto, las previsiones del Reglamento 1984/83, que admiten la exigencia de autorización para preservar la imagen del establecimiento, la circunscriben a las

actividades concretas (instalación de máquinas de juego) o a las modalidades específicas de la misma (determinados tipos de máquinas de juego), pero no amparan autorizaciones de carácter absoluto.

En el contrato del caso examinado también estimó cautelarmente el Tribunal que -aunque, en numerosas ocasiones, los acuerdos verticales incluyen cláusulas restrictivas de la competencia -"ello no significa ni que todos los acuerdos verticales sean restrictivos de la competencia ni que, aún siéndolo, no puedan comportar ventajas que mejoren la distribución de los bienes o servicios o supongan beneficios para los usuarios, de forma que puedan beneficiarse de las exenciones por categorías u obtener una autorización singular. Es preciso, por tanto, analizar separadamente las circunstancias que concurren en cada acuerdo para poder apreciar en qué medida restringen o no la libre competencia. Pero no puede admitirse con carácter general que los acuerdos verticales no son susceptibles de restringir la competencia".

El Tribunal no impuso multa.

Resolución de 12.12.1996, Expte. 376/96, Cárteles de Sidra.

Como se señaló anteriormente, la Resolución considera dos acuerdos diferenciados. Expuesto ya el de carácter horizontal, corresponde ahora hacer lo propio con el acuerdo de carácter vertical.

El convenio de carácter vertical fue celebrado entre la Asociación de Cosecheros de la Manzana (ACOMASI) y la de Lagareros (ALA), así como por las organizaciones agrarias UPA-UGT, JCA, UCA, FAYGA y Jóvenes Agricultores; por dicho convenio constituyeron la Interprofesional de la Manzana y la Sidra con el objetivo, entre otros, de fijar un precio base y único para la manzana de sidra, con vigencia de 3 años, un incremento anual en relación con el IPC y una revisión al cuarto año, en ningún caso por debajo del precio fijado el año anterior.

La Resolución aborda, en primer lugar, la posición de la Interprofesional como sujeto activo del acuerdo considerando que, al carecer de personalidad jurídica propia, no cabe considerarlo como

acuerdo de una Asociación, sino como un acuerdo entre dos Asociaciones interesadas (ACOMASI y ALA).

Ambas Asociaciones admitieron los hechos imputados y solicitaron del Tribunal su autorización atendiendo a la situación de crisis estructural en que se encontraba el sector.

El Tribunal desestimó la alegación relativa a la situación de crisis atendiendo a la generalidad de la alegación, la falta de justificación de las condiciones que permitirían la autorización y el hecho de afectar sólo a una parte del proceso de elaboración de la sidra (compra de la manzana), cuando la alegación se refería a la crisis de todo el sector. Por ello, el Tribunal consideró que el pacto de fijación de precios para la manzana de sidra celebrado entre los cultivadores y los lagareros no resultaba justificado ni en el momento de adopción del convenio ni en el futuro.

Centrada así la cuestión, y tratándose de un acuerdo colusorio, las Asociaciones imputadas alegaron que había sido inducido o patrocinado por la Administración Autonómica Asturiana.

En relación con la aplicación de las previsiones del artículo 2 LDC, el Tribunal señaló que ante acuerdos consentidos, apoyados, o inducidos por la Administración, es preciso distinguir entre aquellas intervenciones administrativas legalmente autorizadas, y las que se realizan con suficiente base legal. A este respecto reiteró que cuando falta el apoyo legal en la acción de la Administración, la conducta empresarial está incurso en el artículo 1 LDC y es ilícita, aunque haya sido aconsejada, aprobada o impuesta por una autoridad administrativa que no tenga competencia suficiente (Resolución de 8.1.1996, Expte. 337/93, Zontur), sin perjuicio de que la intervención administrativa sea relevante para graduar la responsabilidad de los intervinientes en el acuerdo.

Finalmente, la Resolución incluye una referencia al artículo 2 de los Estatutos de la Interprofesional en el que se establece, como uno de sus fines, el de "ordenar las transacciones mediante la fijación de los precios a percibir".

Recordó el Tribunal que tanto la ley estatal como la normativa autonómica prevén que las organizaciones interprofesionales deben observar la normativa de defensa de la competencia en la adopción

de acuerdos y que, en consecuencia, los adoptados al amparo de dicha disposición estatutaria en materia de precios, si contravienen el artículo 1.1.a) LDC, serán acuerdos colusorios.

El Tribunal sancionó a la ACOMASI y a la ALA.

3. Medidas cautelares.

Durante el año 1996 se ha intensificado la solicitud de medidas cautelares. En efecto, el Tribunal ha dictado cinco Resoluciones en expedientes de medidas cautelares, todas ellas en la segunda mitad del año. Se han adoptado medidas en tres de ellas y se ha rechazado la petición de las mismas en dos. También se dictó una Resolución de incidente sobre medidas cautelares. Se confirma así cómo el instituto de las medidas cautelares, que ha empezado a tener un gran arraigo en la jurisdicción ordinaria, también se está desarrollando en el procedimiento administrativo sancionador en materia de defensa de la competencia. Como elemento de comparación puede observarse que en el año 1995 tan sólo se resolvió un expediente sobre adopción de medidas cautelares. Por dichas razones, se procede a un análisis exhaustivo de la doctrina del Tribunal sobre las medidas cautelares.

Resolución de 3.6.1996, Incidente MC 9/95, Desmotadoras de algodón.

En el caso del Expediente MC 9/95, la empresa Nueva Desmotadora Sevillana planteó dos cuestiones: en primer lugar, la prórroga de las medidas cautelares vencidas o la adopción de nuevas medidas; en segundo lugar, la devolución de la fianza prestada por la misma al vencimiento de las anteriores medidas cautelares.

En lo referente a la primera cuestión, el Tribunal, recordando su doctrina (Resolución de 1.10.1992, MC 5/92, Fútbol por televisión), señaló que el plazo de seis meses establecido por el artículo 45.6 LDC es de caducidad y, por tanto, no pueden ser prorrogadas las medidas. No obstante, según el Tribunal, es posible establecer una nueva medida cautelar con posterioridad al plazo de vencimiento de la anterior.

De otro lado, se dijo que la proposición de las medidas cautelares, tanto de oficio como a instancia de parte, corresponde al SDC (artículo 45.1 LDC).

Por lo que respecta a la segunda cuestión, el Tribunal consideró que la fianza se exige al peticionario de la medida cautelar como contrapartida para responder de los daños y perjuicios que se pudieran causar a terceros como consecuencia de la medida, por lo que no procede devolver la fianza hasta que la medida no sea, en su caso, convalidada por la Resolución definitiva.

En consecuencia, el Tribunal resolvió dar traslado al Servicio de Defensa de la Competencia del escrito de solicitud de nuevas medidas y declarar no había lugar a la devolución de la fianza.

Resolución de 18.7.1996, Expte. MC 10/96, Airtel-Telefónica.

La Resolución tuvo su origen en el expediente promovido por la denuncia presentada por Airtel Móviles S.A. (Airtel) contra Telefónica de España S.A. (Telefónica) y sus filiales Telefónica Servicios Móviles S.A. (Telefónica Móviles) y Teleinformática y Comunicaciones S.A. (Telyco) por supuesta vulneración de los artículos 6 y 7 LDC y 86 Tratado CE.

El Servicio propuso al Tribunal la adopción de diversas medidas cautelares: unas de oficio y otras acogiendo las solicitadas por Airtel. El TDC estimó parcialmente la petición de medidas cautelares.

La Resolución comenzó señalando la función normativa de las medidas cautelares que se extiende no sólo a asegurar la ejecución de la Resolución que se dicte en un procedimiento, sino que alcanza también a garantizar su efectividad.

La Resolución analizó los requisitos y condiciones cuya concurrencia exige el artículo 45 LDC; a saber:

a) Que se proponga por el SDC como legitimado directo (artículo 45.1 LDC), legitimándose también indirectamente a los interesados quienes podrán instar del SDC la petición de medidas, pudiendo incluso plantearlas ante el TDC por vía de recurso si la negativa del Servicio causa indefensión (artículo 47 LDC). El Tribunal podrá exigir petición de fianza a los solicitantes (artículo 45.1.b, párrafo 2º LDC).

- b)** Que se propongan al Tribunal, único órgano competente en vía administrativa para decidir sobre su adopción.
- c)** Que las medidas cautelares resulten necesarias para asegurar la eficacia de la Resolución que en su día se dicte.
- d)** Que se sujeten al principio de celeridad y limitación en el tiempo ya que no podrán extenderse más allá de seis meses (artículo 45.6 LDC).
- e)** Que en el momento de adopción de medidas cautelares estén presentes los principios informadores de toda protección cautelar, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, ya que no puede olvidarse la injerencia que puede producir una medida cautelar en la esfera jurídica del denunciado, lo que impide su adopción basando su pretensión en una petición pura y simple.

La apariencia de buen derecho en el instituto de las medidas cautelares es concebida como una vía intermedia entre la certeza que se establecerá en la resolución definitiva y la incertidumbre inicial de cualquier procedimiento, de tal forma que para su adopción baste una apariencia fundada en la verdad del derecho alegado, lo que no obstante exigirá la determinación de la situación jurídica cautelable y el grado de demostración necesario y suficiente.

La situación jurídica cautelable se corresponderá con el logro del objetivo específico de la LDC: "garantizar toda competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque al interés público...", según señala la Exposición de Motivos de la propia Ley.

El grado de demostración necesario y suficiente para determinar la procedencia de las medidas debe resolverse en términos de verosimilitud referida al acto concurrencial contrario a la libre competencia.

El peligro en la demora cuya concurrencia también exige el artículo 45.1 LDC al referirse a las medidas necesarias "tendientes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte", viene configurada por la doble conceptualización de peligro de infructuosidad y peligro de tardanza.

Señalados los criterios doctrinales que habrán de considerarse con carácter general en el ámbito de las medidas cautelares en materia de defensa de la competencia, el Tribunal analizó las alegaciones de Telefónica referidas a la supuesta indefensión que se le había ocasionado y a la extemporaneidad en la petición de las medidas cautelares por el SDC. El Tribunal rechazó tales alegaciones, entrando a conocer de la petición de las medidas cautelares.

Para ello, se delimitaron los mercados relevantes, geográfico y de producto, en que presuntamente tuvieron lugar las conductas denunciadas y producían sus efectos pues "aunque sólo sea de forma indiciaria, cual corresponde a la fase cautelar del expediente, habrá que contemplar si aquellas conductas pueden resultar contrarias a la libre competencia en el mercado delimitado".

El Tribunal consideró como mercado relevante de producto el de la telefonía móvil, por cuanto ambos sistemas -analógico y digital- resultan sustituibles pues, aunque la telefonía móvil digital se perfila como un mercado emergente con gran fuerza, el tiempo transcurrido no permite aún diferenciarlo. Por lo que respecta al mercado geográfico, se señaló que la regulación de la telefonía móvil es nacional y es en dicho mercado donde operan tanto Airtel como Telefónica.

Entrando en el análisis de las medidas cautelares propuestas por el SDC, algunas de ellas se solicitaron de oficio y otras recogen las pedidas por Airtel, analizándose por el TDC conjuntamente aquéllas que están íntimamente relacionadas.

Las medidas pedidas por Airtel fueron:

- "1ª . que por parte de TELEFONICA DE SERVICIOS MOVILES, S.A. se retire el compromiso de exclusividad en los contratos de distribución de la modalidad MOVISTAR y, una vez retirado tal compromiso, se supriman las diferencias en el sistema de remuneración (comisiones, primas, etc.) establecidas entre los contratos de exclusividad y el resto de contratos de distribución.
- 2ª . que TELEFONICA DE SERVICIOS MOVILES S.A. comunique de manera fehaciente a todos sus distribuidores actuales o futuros la libertad que tienen de poder ser al mismo tiempo

distribuidores AIRTEL y de las modalidades analógica y digital bajo las marcas MOVILINE y MOVISTAR".

El Tribunal planteó que las medidas afectarían a terceros que suscribieron los contratos de distribución con Telefónica Móviles sin que hubieran sido oídos en el expediente, no constando mínimamente de forma indiciaria que actuaran de mala fe, ni resultando posible tampoco el traer al expediente de medidas cautelares todos y cada uno de los contratos ya celebrados y oír a sus otorgantes. En consecuencia, el Tribunal rechazó las dos medidas solicitadas. No obstante, llamó la atención acerca de los peligros de la perturbación de la libre competencia que puede conllevar un sistema de exclusividad en la distribución de servicios de telefonía digital, si se pacta con distribuidores que venían siéndolo del sistema de telefonía analógico para un mismo titular de ambas concesiones.

El SDC propuso la siguiente medida de oficio:

"que por parte de TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. se cese en el actual uso de los números 004 y 022 para la distribución de los servicios MOVILINE Y MOVISTAR, ya que éstos son los asignados privativamente a sus Oficinas comerciales".

Se partía del análisis de la conducta de Telefónica en la explotación de los servicios de telefonía analógica y digital. Telefónica Móviles contrató con su matriz Telefónica la distribución de ambos sistemas de telefonía móvil (Moviline y Movistar). Telefónica cuenta con oficinas comerciales en todo el país con las que es posible conectarse mediante los números de marcación abreviada 004 (para abonados individuales) y 022 (para empresas) y contratar ambos sistemas de telefonía móvil.

Mediante la distribución de ambos servicios telefónicos por Telefónica, convertida en distribuidora de su filial, se colocaba a la competidora Airtel -en el sistema de telefonía digital- en inferioridad de condiciones por cuanto que el sistema analógico de Telefónica posibilita su distribución con medios del monopolio, lo que podría conllevar un abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 6 LDC.

Por ello, el Tribunal estimó parcialmente la medida solicitada y prohibió que utilizando los números 004 y 022 se pudiera contratar el servicio de telefonía digital distinguiendo con la marca Movistar así como el tratamiento de cualquier cuestión o información relacionada con el mismo. No vio el Tribunal, en cambio, razones para que pudieran seguir utilizándose dichos números para la contratación del sistema analógico Moviline que además quedará diferenciado de la comercialización del sistema digital Movistar.

Finalmente, se propuso al Tribunal la adopción de las siguientes medidas:

Como pedida por Airtel: "que por parte de TELEFONICA DE ESPAÑA S.A., TELEFONICA SERVICIOS MOVILES S.A. y TELEINFORMATICA Y COMUNICACIONES S.A. se cese en la difusión de la actual publicidad conjunta de los servicios MOVILINE y MOVISTAR que hasta el momento se viene realizando"

De oficio: "que por parte de TELEFONICA DE ESPAÑA S.A., TELEFONICA SERVICIOS MOVILES S.A. Y TELEINFORMATICA Y COMUNICACIONES S.A. se incorporen a la publicidad que se realice en lo sucesivo las referencias necesarias que permitan distinguir el servicio monopolizado de aquel que se encuentra en la actualidad liberalizado y en competencia con AIRTEL".

A las posibles consecuencias en el mercado derivadas de la comercialización conjunta por Telefónica y sus filiales de los sistemas telefónicos móviles analógico y digital se añade el que se vienen realizando por aquéllas en diversos medios de comunicación social, anuncios conjuntos de los sistemas distinguidos con las marcas Moviline y Movistar. Con ello se pudiera estar transmitiendo a los consumidores dos mensajes distorsionados. De una parte, la imagen del monopolio y con ella su amplia experiencia en el campo de la telefonía y su presencia asistencial en cualquier punto de la geografía nacional, extendida al sistema de telefonía móvil analógico que se explota en régimen de competencia. También el que ambos sistemas -Moviline y Movistar- gozan del mismo índice de cobertura geográfica. En tales supuestos Airtel, competidor en el sistema digital, pudiera ver lesionados sus intereses y aquella práctica ser considerada como desleal (artículo 7 LDC y artículo 4 LGP) con gran trascendencia en las condiciones de competencia en el mercado y con incidencia en intereses públicos, por cuanto afectaría a los

consumidores a cuya protección están obligados los poderes públicos (artículo 51.1 y 2 CE) y entre cuyos derechos básicos se reconoce el de información correcta sobre los diferentes productos o servicios (artículo 2.1.d. Ley 24/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Por todo ello, entendió el Tribunal que debía cesarse en la publicidad conjunta de los servicios distinguidos con las marcas Moviline y Movistar que vienen realizando Telefónica y sus filiales Telefónica Móviles y Telyco, ya que la propia naturaleza y efectos de la publicidad determinan el que, de esperarse a la resolución definitiva del expediente, ésta perdería su eficacia.

Toda vez que esta medida propuesta por el SDC lo ha sido a instancias de Airtel y que, de no estimarse definitivamente las infracciones denunciadas por ésta, pudieran derivarse perjuicios económicos para Telefónica y sus empresas filiales como consecuencia de la adopción de la medida, el Tribunal estimó que debía exigirse la oportuna fianza a Airtel que se fijó en la cantidad de cien millones de pesetas.

Ambas medidas acordadas lo han sido por un período de seis meses (artículo 45.6 LDC).

Resolución de 29.7.1996, Expte. MC 11/96, Cajas Rurales.

Se deriva este expediente de las medidas cautelares del expediente 1420/96 incoado por el SDC en virtud de sendas denuncias de las Cajas Rurales de Almendralejo y de Canarias contra la Asociación Española de Cajas Rurales por haber expulsado a las mismas de dicha Asociación al no haber respetado un acuerdo territorial sobre la apertura de oficinas, lo que en opinión de los denunciantes es contrario a la libre competencia.

Según los denunciantes, la expulsión les ocasionaba graves perjuicios, entre ellos los producidos por no poder utilizar los servicios del Banco Cooperativo, Seguros RGA y Rural Servicios Informáticos. Por todo ello en los escritos de denuncia solicitaban la adopción de medidas cautelares.

El Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia dictó Acuerdo de fecha 4 de julio de 1996 por el que se proponían al Tribunal las siguientes medidas cautelares:

- "1º) De oficio, la medida cautelar consistente en ordenar a la Asociación Española de Cajas Rurales que suspenda la aplicación del 'Principio de Respeto al Ambito Territorial Originario de las Cajas Rurales'.
- 2º) Las medidas cautelares solicitadas por los denunciantes consistentes en:
- Suspensión del expediente sancionador abierto a la Caja Rural de Almendralejo y a la Caja Rural de Canarias.
 - En caso de que hubiera resolución del expediente, mediante la cual se decretara la expulsión de ambas Cajas Rurales de la AECR, dejar sin efecto dicho acuerdo.
 - Suspender los efectos de esa expulsión, permitiendo a ambas Cajas acceder a los servicios que prestan el Banco Cooperativo Español, Rural Seguros y Rural Informática, en igualdad de condiciones a las del resto de los beneficiarios".

La Resolución del TDC comenzaba señalando que en Derecho español las medidas cautelares han sido desarrolladas fundamentalmente en el campo del Derecho civil, aunque también existan en el procedimiento administrativo con la denominación de medidas provisionales, tanto en la antigua Ley como en la vigente Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (artículos 72 y 136).

Las características del procedimiento civil y administrativo implican considerables diferencias entre las medidas cautelares respectivas. Así, por ejemplo, en este último no se precisa la solicitud de una parte, ya que la iniciativa corresponde al mismo órgano ante el que se tramita el procedimiento principal; no está expresamente regulado por la Ley el principio de audiencia de los interesados; y el objetivo fundamental consiste en asegurar la efectividad de la Resolución que en su momento se dicte, pues el principio del *fumus boni iuris* aunque no desaparece del todo está muy debilitado toda vez que en el procedimiento administrativo, al no existir esa diferencia entre quien solicita y quien adopta las medidas cautelares, el principio del buen derecho queda convertido en la convicción del órgano administrativo de la necesidad y adecuación de la medida cautelar.

Pero las medidas cautelares en materia de competencia (artículo 45 LDC) tienen especial singularidad y sus requisitos participan de las características de las medidas cautelares administrativas y de las civiles. En este procedimiento no sólo se persiguen intereses públicos tales como el respeto al principio de la libre competencia y al libre comportamiento en el mercado, sino que además existen también intereses particulares en conflicto como el de la víctima de la infracción interesada en que se dicte una Resolución que restituya su derecho. Por ello, para que se adopten medidas cautelares es preciso que se den los requisitos de apariencia de buen derecho y peligro en la demora con la misma intensidad que en el procedimiento civil, además del resto de requisitos que marca el artículo 45 LDC. Las medidas cautelares pedidas por las entidades denunciadas y propuestas por el SDC gozaban de ambos requisitos.

La expulsión de las Cajas Rurales de Almendralejo y de Canarias de la Asociación Española de Cajas Rurales fue motivada por el hecho de haber abierto sendas oficinas vulnerando el principio determinado por la Asociación de respeto al "ámbito territorial originario". Pero existe el derecho de aquéllas conforme a la legislación bancaria de abrir otras oficinas. Dicho derecho no puede ser limitado por un Acuerdo de la Asociación, que aparentemente parece restringir la libre competencia. Dado que la conducta examinada podría suponer una vulneración del artículo 1 LDC, pareció al Tribunal que los peticionarios estaban amparados por un principio de buen derecho.

Según se desprende del expediente, el pertenecer a la Asociación Española de Cajas Rurales es requisito imprescindible para acceder a los servicios que prestan el Banco Cooperativo Español, Seguros RGA y Rural y Servicios Informáticos, todos ellos imprescindibles para la actividad financiera de los denunciados. Y la simple suspensión de la expulsión conlleva la restitución de todos los derechos que corresponden a los socios, entre ellos el acceso a los servicios que prestan las citadas entidades que, aunque empresas independientes, están integradas en la Asociación.

De las anteriores consideraciones se desprendía la concurrencia del periculum in mora sin necesidad, incluso, de extenderse a los efectos que una noticia de expulsión de la Asociación puede suponer en la clientela de unas entidades de crédito.

Por el SDC se propuso de oficio la adopción como cautelar de la suspensión en la aplicación del "principio de respeto al ámbito territorial de las Cajas Rurales".

En relación con dicha propuesta, de lo argumentado anteriormente se desprende la concurrencia de *fumus boni iuris*. Mas no ocurre lo mismo con el *periculum in mora* ya que de los antecedentes obrantes en el expediente no se derivaban los perjuicios para las partes ni para el interés público de la vigencia del acuerdo durante la tramitación del expediente. Por el contrario, suspender la aplicación de este principio tendría efectos quizás irremediables si finalmente se concluyera que se trataba de un acuerdo que no restringía la competencia o bien resultaba autorizable. Por todo ello, el Tribunal entendió que esta medida resultaba desproporcionada y suponía introducir elementos de perjuicio respecto a la Resolución definitiva, por lo que rechazó la medida.

El TDC finalmente resolvió estimando parcialmente la propuesta de medidas cautelares del SDC y acordó, sin necesidad de prestación de fianza por el solicitante, la adopción por plazo de seis meses de las siguientes medidas:

En primer lugar, "Suspender el expediente sancionador abierto a la Caja Rural de Almendralejo y a la Caja Rural de Canarias por la Asociación Española de Cajas Rurales". En segundo lugar, "En el supuesto de que hubiera habido resolución en el expediente mediante la cual se decretara la expulsión de dichas Cajas Rurales de la AEER, suspender igualmente dicho acuerdo". Y, por último, "Suspender los efectos de dicha expulsión, permitiendo a ambas Cajas acceder a los servicios que prestan el Banco Cooperativo Español, Seguros RGA y Rural Servicios Informáticos".

Además, rechazó la medida propuesta de oficio por el SDC. También estableció una multa coercitiva de 150.000 pesetas diarias a la Asociación Española de Cajas Rurales, por cada día de retraso en el cumplimiento de las medidas cautelares acordadas.

Resolución de 21.11.1996, Expte. MC 13/96, Contenedores IBC.

El expediente de medidas cautelares traía su causa de la denuncia formulada ante el SDC por Reyde S.A. (Reyde) contra Sotralentz S.A. y TR Lentz S.A. en relación con la cláusula de no competencia

incluida en el contrato de distribución exclusiva suscrito por la denunciante y Sotralentz S.A., al considerar que incurría en conductas prohibidas por los artículos 1 LDC y 85.1 del Tratado CE. Incoado el expediente, Reyde solicitó al SDC que propusiera al TDC la adopción de medidas cautelares para mantener la competencia en el mercado de los contenedores IBC.

Por Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 1.10.1996, se propusieron al Tribunal las medidas solicitadas en los siguientes términos:

"que se ordene a las empresas SOTRALENTZ Y TR LENTZ S.A. que, durante seis meses, se abstengan de realizar cualquier actuación directa o indirecta, encaminada a prohibir, dificultar o condicionar la fabricación y comercialización por REYDE de contenedores IBC en el territorio español o de cualquier otro Estado miembro de la Comunidad Europea.

que se imponga a REYDE S.A. la prestación de la fianza que el Tribunal considere proporcionada al daño que el otorgamiento de la medida cautelar propuesta pueda causar a SOTRALENTZ Y TR LENTZ".

La Resolución del Tribunal examinó su concurrencia en los hechos denunciados como objeto de las medidas cautelares pedidas.

El acuerdo interpartes, que data del año 1990, tiene por objeto la atribución a Reyde de la condición de distribuidor exclusivo en España y Portugal de los contenedores IBC de 820 a 1000 litros.

En el expediente de medidas cautelares, señalaba el Tribunal, no existe información sobre si la cláusula de no competencia postcontractual se justifica en función de la existencia o inexistencia de una transmisión de información relacionada con conocimientos técnicos o comerciales relativos a los citados contenedores, "lo que imposibilita que la apariencia de buen derecho pueda apreciarse en los términos de verosimilitud exigibles para otorgar la protección cautelar".

Por otra parte, tanto si se imputa una infracción del artículo 1 LDC, como si la infracción se refiere al artículo 85 del Tratado CE, ello supone la existencia de un acuerdo entre empresas que tenga por

objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia, una de las cuales sería la propia Reyde que "al suscribir el contrato de distribución exclusiva, se convierte en coautor necesario de la infracción. Sin su concurso no existiría acuerdo entre empresas ni, consiguientemente, colusión".

Todo ello no excluye que el acuerdo suscrito constituya un contrato cuyas condiciones hayan podido ser impuestas por una de las partes. Pero, en tal caso, lo que se produciría es la posibilidad de apreciar distintos grados de responsabilidad en los coautores, ya que es preciso distinguir entre la autoría y la responsabilidad.

Las medidas cautelares que regula el artículo 45 LDC proceden para garantizar la protección del interés público, que se hace coincidir con el buen funcionamiento del mercado, siendo susceptibles de protección los intereses privados "en tanto en cuanto éstos resulten afectados por un acto realizado en todo o en parte del territorio nacional contrario a la libre competencia y con dimensión suficiente para provocar afectación del interés público" (Resolución de 18.7.1996, Expte. MC 10/96, Airtel-Telefónica).

Según la información aportada al expediente, en el mercado español de contendores IBC la concurrencia de competencia no hace verosímil que se produzca una afectación del interés público en la medida exigible para adoptar medidas cautelares. En consecuencia, con la anterior argumentación el Tribunal resolvió desestimar la adopción de las medidas cautelares propuestas por el SDC a petición de Reyde.

Resolución de 16.12.1996, Expte. MC 14/96, Airtel-Telefónica.

En el ámbito del expediente sancionador que instruía el SDC por denuncia de Airtel S.A. contra Telefónica y diversas filiales de ésta, y que ya había dado lugar a la Resolución de 18.7.1996 (Expte. MC 10/96, Airtel-Telefónica), por Airtel se amplió la denuncia contra Telefónica Servicios Móviles S.A. (Telefónica Móviles) y se solicitaron en esta ocasión medidas cautelares contra esta entidad al considerar que los nuevos acuerdos de exclusiva de Telefónica Móviles restringen la distribución de Airtel y que, como incentivo encaminado a obtener el mayor número de agentes exclusivos, se establece el carácter retroactivo de las nuevas condiciones para los ya integrados

en la red de distribución. Analizadas las peticiones por el SDC, éste propuso al Tribunal la adopción de las siguientes medidas cautelares:

- 1ª . Que durante seis meses, por parte de Telefónica Móviles no se introduzca ni se ponga en práctica ninguna modificación en las modalidades de contratos que se encontraban vigentes el día 15 de julio de 1996.
- 2ª . Que Telefónica Móviles comunique de manera fehaciente a todos los distribuidores existentes el día 15 de julio de 1996 la imposibilidad de introducir cláusulas de exclusividad en cualquiera de las modalidades contractuales que utilicen o pretendan utilizar para la distribución de los servicios Movistar y Moviline.
- 3ª . Que, para el caso de acordarse las anteriores medidas, se obligue a Telefónica Móviles a dar la máxima difusión pública al contenido de la Resolución que se dicte por el TDC.
- 4ª . Que no se imponga fianza a la solicitante.

Al analizar las medidas propuestas, el Tribunal recuerda que, como ya señaló en su Resolución de 18.7.1996, al examinar las anteriores medidas cautelares, se trata de contratos suscritos con terceras personas ajenas a esta litis y a las que iban a afectar las medidas sin siquiera haber sido oídos. No debe inmiscuirse en las relaciones que han de tener los distribuidores con sus agentes en las modalidades de distribución a través de los diferentes canales y condiciones, para salvar el principio de libertad de empresa, salvo cuando sea necesario para garantizar el acceso al mercado.

Cuestión decisiva para resolver el incidente cautelar sería el comprobar la existencia de cierre del mercado. Con la sumariedad y ausencia de mayores comprobaciones que caracterizan las medidas cautelares, entendió el Tribunal que el resultado de la conducta de Telefónica Móviles no suponía hasta el momento cierre del mercado para Airtel dados los importantes incrementos de su cuota de mercado, al contar con una red propia y extensa de distribución y el rápido desarrollo alcanzado por la telefonía móvil digital, factores todos ellos que aparentemente respaldan las crecientes promociones más que un hipotético cierre del mercado.

Por todo ello, el Tribunal consideró que no se cumplía la apariencia del buen derecho y tampoco se apreciaban daños cuantificados a la denunciante o al interés público. En consecuencia desestimó la petición de las medidas cautelares.

Resolución de 23.12.1996, Expte. MC 15/96, Tabacos Canarias.

El origen del asunto se refiere a la denunciada formulada por la Asociación de Fabricantes de Cigarrillos y Cigarros de Canarias (AFCCC) contra Tabacalera S. A. (Tabacalera) y su filial CITA Tabacos de Canarias S. A. (CITA) por abuso de posición de dominio, consistente en la presunta venta a pérdida por Tabacalera de sus tabacos Farias y por el presunto otorgamiento a CITA de una subvención para que ésta pudiese vender los cigarros Alvaro Regalos a un precio inferior a su coste. A dicha denuncia se adhirió, seguidamente, la Compañía Canariense de Tabacos S. A. (Canariense). Posteriormente, el SDC recibió nuevos escritos ampliando la denuncia inicial para que también fuera objeto de investigación la supuesta imposición de restricciones a la distribución de productos de la Canariense y actos denigratorios contra ésta, así como por el desarrollo de campañas promocionales en las que se regala tabaco y otros obsequios a los expendedores y utilización indistintamente del logotipo de Tabacalera como representativo de la empresa y como símbolo del monopolio de distribución minorista.

En este expediente se resuelve la petición de medidas cautelares por la Canariense que recurrió una Providencia del instructor del expediente principal en la que se señalaba que no constaba en el mismo que se hubiera acordado por el SDC proponer, por el momento, ninguna medida cautelar al TDC. Las medidas cautelares fueron solicitadas a la vista del retraso en la tramitación del expediente por causas no imputables a los demandantes.

También las posteriormente propuestas por el SDC del siguiente tenor:

"1. Que se ordene a Tabacalera, S.A., que se abstenga de ofrecer ningún obsequio o incentivo a los expendedores.

2. Que se ordene a Tabacalera, S.A. que disponga las medidas necesarias tendentes a asegurar el suministro a los expendedores, salvo fuerza mayor, de los productos de la competencia.

3. Instar a la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos para que asegure el cumplimiento de lo establecido en las normas en cuanto a que Tabacalera se abstenga de ofrecer a los expendedores de tabaco bonificaciones, descuentos o incentivos.

4. Instar a la Delegación de Gobierno en el Monopolio de Tabacos para que vigile el normal funcionamiento en la distribución de los productos de los denunciantes por parte de Tabacalera.

No procede en este caso imponer fianza a los solicitantes por considerar que con las medidas propuestas no se produce a Tabacalera daño alguno".

El expediente de recurso (r 168/96, Tabacos Canarias) se resolvió por el Tribunal acordando su archivo por la imposibilidad material de continuarlo al carecer de objeto, toda vez que entretanto habían sido propuestas por el SDC las medidas cautelares antes señaladas, dando lugar al expte. MC 15/96, ordenando la incorporación de testimonio de aquél a éste.

Sostuvo el Tribunal que, si bien el SDC es el único legitimado para proponer la adopción de medidas cautelares, "los interesados podrán hacerlo ante el Tribunal por vía de recurso si la negativa del Servicio causa indefensión" (Resolución MC 10/96 de 18.7.1996). Y se añade que "El derecho al recurso es parte integrante del derecho de defensa. Debe existir contra actos que pongan fin al procedimiento... La Ley de Defensa de la Competencia concede dicho recurso al establecer en el artículo 49 que sólo las Resoluciones del TDC en materia de medidas cautelares, o bien las definitivas, son irrecurribles en vía administrativa. Lo contrario sería consagrar la arbitrariedad de la Administración, que expresamente prohíbe el artículo 9 de la Constitución Española".

Y añadió el Tribunal que "es cierto que el artículo 45 LDC establece que es el Servicio quien está únicamente legitimado para proponer, de oficio o a instancia de parte, al Tribunal la adopción de medidas cautelares y también lo es que el TDC ha establecido que son inadmisibles las propuestas directamente por la parte (Resolución de 17.1.1992, Expte. A 15/91). Pero no es menos cierto que la interposición del Tribunal entre el interesado y el Servicio, que tiene lugar cuando se excita la actuación de aquél mediante un recurso,

lleva, por una parte, y sin anular la capacidad proponente del Servicio, a moderarlo, y, por otra parte, a que al ser legítimo el trámite del recurso también debe serlo el que, como medio para alcanzar su propósito, la parte concrete su voluntad al órgano al que se recurre mediante una redacción alternativa o complementaria de las medidas cautelares reunidas, sin menoscabar por ello la capacidad de propuesta reconocida legalmente al Servicio"

Al analizar la primera de las medidas propuestas se apreciaron indicios de la realización de un acto anticoncurrencial por parte de Tabacalera por cuanto que la Ley 38/1985 y el R.D. 2738/1986 establecen la prohibición para los distribuidores al por mayor de tabaco de conceder a los expendedores ningún tipo de bonificación, descuento o incentivo. El legislador dispensa diferente trato a los fabricantes que a los distribuidores al por mayor, dejando a los primeros, que concurren en pluralidad, en libertad de incentivar a los expendedores, mientras que a los distribuidores al por mayor, en los que no existe esa pluralidad, les veta expresamente que practiquen ningún tipo de bonificación, descuento o incentivo. Al concurrir en Tabacalera la doble condición de fabricante y distribuidor mayorista en posición de dominio, debe alcanzarse esta prohibición pues, en caso contrario, podría favorecer comportamientos abusivos en perjuicio de todos o parte de sus distribuidores.

Indiciariamente el Tribunal apreció también las condiciones de necesidad y de urgencia que justificaban la adopción de la medida cautelar pues, si los actos de Tabacalera que indiciariamente se apreciaron eran eficaces, la acumulación de perjuicios al denunciante por el paso del tiempo podía haber llegado a poner en peligro su continuidad, siendo estos daños irreparables.

En relación con la segunda medida propuesta por el Servicio, a la que también se adhirieron los denunciantes, el Tribunal la consideró complementaria y adicional en beneficio de la buena ejecución de la primera. Además, el que por Tabacalera se dispusieran las medidas necesarias tendentes a asegurar a los expendedores los productos de la competencia, es conducta que por Ley debe mantener Tabacalera en todo momento.

De otro lado, el Tribunal rechazó otras medidas propuestas en unos casos por el Servicio o pedidas por los denunciantes por vía de recurso. Sirva como ejemplo la petición de exigir a Tabacalera el

suministro de información on line de las ventas y de los stocks, al desconocerse el tipo de equipamiento informático de que disponen los expendedores, los fabricantes y Tabacalera y, por tanto, si la cautelar resultaba posible o no adoptarla. También se rechazaron las medidas 3 y 4 propuestas por el Servicio y a las que se adhirieron los denunciantes, por cuanto que el órgano competente para vigilar la ejecución y cumplimiento de las Resoluciones que dicte el Tribunal es el Servicio (artículo 31 LDC) quien, en su caso, deberá dirigirse a la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos. De igual forma rechazó el Tribunal las medidas cautelares pedidas por los denunciantes -recurrentes- consistentes en obligar a aumentar el precio de los cigarros denominados Farias Superiores y Alvaro Regalos, toda vez que va en detrimento de los consumidores y resulta de difícil ejecución al no haber evidencia en la cuantificación de los costes.

En definitiva, el Tribunal resolvió acordando la adopción de las dos medidas cautelares analizadas al principio, sin que procediera imposición de fianza a los denunciantes y estableciéndose que en caso de incumplimiento se sancionaría con multa coercitiva con las garantías y la cuantía previstas en el artículo 11 LDC.

4. Expedientes de autorización singular.

El artículo 4 LDC faculta al Tribunal para que pueda autorizar singularmente determinadas conductas prohibidas en su artículo 1 cuando se den ciertos supuestos que la misma norma contempla en su artículo 3. Se trata de permitir que las empresas puedan adoptar determinados acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas que, aunque prohibidas de una manera general en el artículo 1 de la Ley, contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico, siempre que se den determinadas circunstancias contempladas en el artículo 3 LDC, en la medida en que se encuentren justificados por la situación económica general y el interés público, estableciendo los correspondientes supuestos.

Durante el año 1996 el Tribunal de Defensa de la Competencia ha examinado 40 expedientes de autorización singular referidos a asuntos de naturaleza diversa que pueden clasificarse del siguiente modo: en primer lugar, los registros de morosos (24); en segundo lugar, los contratos-tipo (9); en tercer lugar, las bases de datos (1); en cuarto lugar, los boletines de

precios (1); y, por último, registros de información de riesgos y solvencia (1). Junto a ellos, el Tribunal dictó una Resolución de Aclaración, procedió a la revocación de una autorización y concedió dos prórrogas de autorización a sendos contratos-tipo.

4.1. Registro de morosos.

Como ha venido sucediendo en los últimos tres años, los registros de morosos han representado la mayor parte de los expedientes de autorización singular resueltos por el Tribunal. Pero, aunque el número de solicitudes de autorización de registros de morosos ha sido elevado, los términos en que la LDC ha dejado establecida la competencia del Gobierno para otorgar exenciones por categorías no han permitido al Tribunal otra actuación que la de resolver individualizadamente cada solicitud.

El Tribunal, como pone sistemáticamente de relieve en todas las Resoluciones por las que concede autorización para la creación y funcionamiento de un registro de morosos, señala que tal autorización contempla exclusivamente los efectos que cada registro sometido a su consideración pueda tener sobre el mercado afectado. El Tribunal carece de competencia para determinar cómo ha de aplicarse lo establecido al respecto en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal o para establecer si se cumplen las condiciones que el artículo 28 de dicha Ley, y los desarrollos reglamentarios de la misma, impuestos a la creación de ficheros de titularidad privada que tengan por objeto la prestación de servicios de información sobre solvencia profesional y crédito.

De los 24 expedientes analizados en este campo, 20 han sido promovidos por Asociaciones empresariales y los 4 restantes por sociedades mercantiles. De dichos expedientes, 19 fueron aprobados, en muchos casos tras incorporar los interesados las condiciones sugeridas por el Tribunal o por el Servicio a sus propuestas. Dos expedientes fueron aprobados con modificaciones impuestas por el Tribunal en la Resolución. En un caso, el Tribunal declaró que la creación y funcionamiento del registro de morosos objeto de la solicitud de autorización no estaba incluido entre las conductas prohibidas por el artículo 1 LDC. En otro caso, hubo desistimiento de los interesados. Por último, una solicitud de

autorización para un registro de morosos y reclamación de créditos fue denegada por el Tribunal por entender que contenía restricciones a la competencia no imprescindibles para el funcionamiento de un sistema común de información sobre morosos.

La doctrina que el Tribunal viene consolidando en relación con las autorizaciones singulares de registros de morosos puede resumirse del modo siguiente: el establecimiento de un registro de morosos sectorial constituye una forma de concierto entre empresarios con clientes comunes para transmitirse información sobre ellos que, en cuanto pueda servir para establecer una estrategia comercial común, se incluye entre las prácticas prohibidas en el artículo 1 LDC, y sólo podrá hacerse con la autorización del Tribunal. Es también criterio del Tribunal que los registros de morosos contribuyen a mejorar el tráfico mercantil, saneándolo y clarificándolo, y permiten a los consumidores participar de sus ventajas, por lo que se considera que cumplen los requisitos que el citado artículo 3 LDC impone para las autorizaciones singulares. Por otra parte, el Tribunal considera que las circunstancias que atribuyen al establecimiento de un registro de morosos la condición de práctica prohibida, pero autorizable, no tienen por qué darse en la creación de estos registros cuando no suponga acuerdo entre competidores o el ámbito del registro supere al sectorial en cuyo caso la presunción de clientes comunes no sería razonable. En estos supuestos el Tribunal entiende que no hay materia para proceder a la autorización. Sí la hay, sin embargo, cuando se trata de establecer un registro de ámbito sectorial. Y, en este caso, las condiciones que durante el año 1996 ha considerado el Tribunal que tienen que asegurarse en la solicitud para que la autorización del registro de morosos sectorial sea concedida han sido las siguientes:

- a) Que la adhesión de los usuarios al registro sea voluntaria.
- b) Que los adheridos al registro tengan libertad para fijar su política comercial frente a cualquier deudor moroso.
- c) Que la información que transmita el registro a sus usuarios sea objetiva.
- d) Que quienes figuren como morosos en el registro tengan acceso a éste para conocer los datos que a ellos se refieran.

Posteriormente, en el año 1997 el Tribunal ha considerado que era necesario añadir dos condiciones adicionales que garantizaran tanto el ejercicio de la competencia como el objetivo pretendido por los registros.

- e) Que se aseguren las condiciones para que los datos incluidos en el registro no se manipulen ni utilicen para fines distintos de los autorizados.
- f) Que la responsabilidad de la gestión del registro quede claramente delimitada en el reglamento del mismo que se somete a autorización.

El Tribunal en sus Resoluciones ordena dar traslado de las normas de funcionamiento de los registros de morosos autorizados al Registro de Defensa de la Competencia para su inscripción y vigilancia.

Cuatro aspectos merecen ser destacados.

- a)** Los informes preceptivos del Instituto Nacional de Consumo.

Resolución de 22.1.1996, Expte. A 161/96, Morosos Cerveceros.

El Instituto Nacional de Consumo remitió al Tribunal determinadas alegaciones formuladas por la Asociación para la Defensa de los Impositores de Bancos y Cajas de Ahorro de España (ADICAE) "a efectos del preceptivo trámite de audiencia".

Sostuvo el Tribunal que dichas alegaciones fueron presentadas al margen del procedimiento establecido para el trámite de información pública y del informe preceptivo exigido por el artículo 38.4 LDC, que se remite a lo previsto en el artículo 22.5 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. El informe preceptivo debe ser evacuado por el Consejo de Consumidores y Usuarios y no por alguna de las Asociaciones constituidas de acuerdo con la Ley de Asociaciones o la legislación cooperativa, cuyos derechos de representación, consulta y participación se establecen en el Capítulo VI de la Ley, con el desarrollo del Real Decreto 825/1990, de 22 de junio.

Si una Asociación de consumidores y usuarios quiere ser oída por el Tribunal debe reaccionar ante la nota sucinta que hace publicar el Servicio en el BOE, de acuerdo con lo establecido en el artículo 38.3 LDC, y personarse en el expediente solicitando ser parte interesada y concretando el interés específico que sirviera de base a su pretensión (artículo 31.1.c. de la Ley 30/1992). Véanse también las Resoluciones de 30.1.1996, Expediente A 159/95, Morosos Revistas Información; y de 1.1.1996, Expediente A 156/95, Morosos Dulce.

b) El TDC no se pronuncia acerca de la creación de registros de morosos por empresas pertenecientes a diversos sectores.

Resolución de 22.3.1996, Expte. A 155/95, Morosos Construcción Galicia.

El Tribunal reiteró su doctrina declarando que cuando un registro de morosos no se limita o concreta sectorialmente no puede incluirse dentro de las prácticas prohibidas por el artículo 1 LDC.

c) Los registros de morosos referidos a empresas de más de un sector deben garantizar la estanqueidad entre los mismos.

Resolución de 3.10.1996, Expte. A 187/96, Morosos Artes Gráficas, Publicidad, Informática y Construcción.

Se solicitó autorización singular para el establecimiento de un registro de morosos comercializable basado en cuatro registros informativos donde se pretendía incorporar los datos de los clientes morosos de cada uno de los sectores de artes gráficas, publicidad, distribución y venta de productos informáticos y de la construcción. Se trataba, por tanto, de cuatro registros sectoriales gestionados por una misma empresa.

El problema suscitado fue el de la posibilidad de que los usuarios de uno de los registros pudieran acceder a la información contenida en los otros registros. En este caso el Tribunal autorizó la constitución del registro con las siguientes condiciones: en primer lugar, con el fin de evitar los intercambios de información debe garantizarse la estanqueidad entre los datos que figuran en los registros; y, en segundo lugar, debe garantizarse la constancia de cada solicitud de acceso a los distintos registros por un período de seis meses.

d) El riesgo de respuesta colectiva impide la autorización del registro al no ser un requisito indispensable para el funcionamiento de un sistema común de información.

Resolución de 20.5.1996, Expte. A 157/95, Morosos Consignatarios de Barcelona.

En opinión del Servicio y del Tribunal, el Proyecto de Reglamento del Servicio de Información de Morosos y Reclamación de Créditos cuya autorización se solicitó no cumplía el requisito de conceder a los asociados la libertad para fijar su política comercial frente al moroso. La Asociación pretendía poder comunicar la información obtenida de los socios del registro a la Federación de Asociaciones de Empresas de Tráfico Marítimo y a sus miembros, los cuales no eran titulares de la autorización ni asumieron ningún compromiso en relación con el uso de la información procedente de la Asociación, pudiendo emplear la misma para conducir su política comercial mediante una respuesta colectiva a los declarados morosos.

Ante la alegación de la solicitante de que la Federación y sus miembros podrían asumir las condiciones impuestas al funcionamiento del servicio, el Tribunal la consideró inadmisibile dado que la Asociación no puede responder de los criterios de utilización de la información que apliquen otros operadores una vez la información esté en manos de éstos. Sostuvo el Tribunal que si se considera que el servicio de información debe tener un ámbito territorial que sobrepase el cubierto por los consignatarios del puerto de Barcelona, tendría que ser la Federación quien solicitase la correspondiente autorización y asumiera los compromisos de que la propia Federación, sus Asociaciones y las empresas miembros de éstas cumplieran las condiciones normalmente impuestas por el Tribunal para la autorización de sistemas comunes de información con el fin de sanear y clarificar el tráfico mercantil. Por estas razones el Tribunal denegó la solicitud tal como había sido presentada.

4.2. Contratos-tipo.

De los 9 expedientes de autorización singular resueltos por el Tribunal en el año 1996 en materia de contratos-tipo, cinco han sido

promovidos por empresas, uno por una agrupación de interés económico y tres por asociaciones empresariales. Cinco de ellos han merecido autorización o declaración positiva, dos fueron denegados y en otros dos se produjo el desistimiento del solicitante a lo largo de la instrucción del expediente. Por su contenido, estos contratos-tipo se distribuían del modo siguiente: en primer lugar, contratos de franquicia (tres); en segundo lugar, contratos de distribución (dos); en tercer lugar, contratos de compraventa (dos); en cuarto lugar, un contrato mixto de distribución exclusiva y franquicia industrial; y, por último, el establecimiento de normas de servicios y precios mínimos.

Tres cuestiones merecen ser destacadas.

a) Las circunstancias que eximen de aplicación de las exenciones por categorías.

Resolución de 23.5.1996, Expte. A 177/96, La Casera.

Recibidos dos formularios de solicitud de autorización singular por los que se pedía que, en aplicación del artículo 4 LDC y, en su caso, de lo previsto en el artículo 1 del RD 157/1992, se declarase que tales contratos podían acogerse a las exenciones por categorías previstas en los Reglamentos CEE 240/96 y 1983/83 -o, subsidiariamente, que se concediera autorización singular para los contratos presentados de franquicia industrial y distribución (contrato de franquicia) y de distribución exclusiva- el Tribunal consideró que, aunque el Reglamento CE 240/96 no está incluido entre los enumerados en el artículo 1.1 del RD 157/1992, el contrato de distribución exclusiva analizado cumplía los requisitos establecidos en el Reglamento CEE 1983/83 y estaba amparado por el artículo 1.1.a) del citado RD.

El Tribunal consideró oportuno pronunciarse sobre si los contratos que cumplen los requisitos previstos en los reglamentos de exención por categorías comunitarios, que sustituyen a los incluidos en el articulado del RD 157/1992, gozan o no de la exención por categorías nacional garantizado por los Reglamentos anteriormente vigentes. Para ello realizó tres consideraciones.

En primer lugar, como los reglamentos comunitarios han de tener, necesariamente, una limitación temporal, en el momento de establecer que los contratos lícitos en Europa de acuerdo con la

normativa comunitaria de competencia fueran declarados también lícitos en España con arreglo a la normativa nacional, debía emplearse la técnica de la remisión a la normativa comunitaria vigente en cada momento sobre cada materia concreta en lugar de proceder a una recepción de normas temporales. A pesar de que esto era conocido por la Administración competente, no se procedió a una remisión a las exenciones por categorías comunitarias, sino a la recepción de los Reglamentos concretos vigentes en el momento de la aprobación del RD y tampoco se dictó ninguna previsión para el régimen aplicable a partir del momento en que los reglamentos comunitarios perdieran su vigencia por el nuevo paso del tiempo o por su modificación por las instituciones comunitarias.

En segundo lugar, no es posible, en consecuencia, interpretar el RD 157/1992 en el sentido de que los contratos cuyo alcance no tenga dimensión comunitaria, pero cumplan los requisitos establecidos por los reglamentos comunitarios que hayan sustituido a los enumerados en su artículo 1, están amparados por las exenciones por categorías nacionales. A pesar de los graves inconvenientes de dicha decisión para el efecto útil del Derecho comunitario derivado, para la seguridad jurídica y para el tráfico mercantil, no queda otra solución que reconocer que solamente están amparados los contratos que cumplen los requisitos de los reglamentos explícitamente recogidos en el RD.

En tercer lugar, consideró el Tribunal que en el caso objeto de la Resolución no eran de aplicación a los contratos de transferencia de tecnología y de franquicia industrial y distribución exclusiva ninguna de las exenciones por categorías previstas en el citado artículo 1.1 del RD 157/1992, si se daban las siguientes circunstancias: en primer lugar, que en el contrato participen únicamente dos empresas; en segundo lugar, que el contrato afecte solamente al ámbito nacional; y, por último, que el contrato cumpla lo previsto en el Reglamento CE 240/96 de la Comisión, de 31.1.1996.

Interpretaba el Tribunal que el Reglamento CE 240/96 ha sustituido a los Reglamentos CEE 2349/84 y CE 556/89 recibidos por la normativa nacional en los apartados 1.1.c) y 1.1.f) del citado RD 157/1992, pero no podía considerarse implícitamente recibido por la normativa nacional mediante el citado artículo 1 del RD, dado que el reglamento citado en el artículo 1.1.c) había perdido su vigencia al

transcurrir el plazo de su validez y el recogido en el artículo 1.1.f) había sido derogado antes del término de su vigencia.

Sostuvo el TDC que el Reglamento Comunitario de aplicación al contrato de franquicia industrial notificado sería el CE 556/89. Aunque cabría argumentar que la exención podría aplicarse al contrato si cumpliera las condiciones del nuevo reglamento que difieren de las condiciones del reglamento comunitario, el Tribunal consideró que esta interpretación no tenía sentido y perjudicaba el logro del efecto útil perseguido por el Derecho Comunitario derivado. Por ello, el Tribunal consideró improcedente el análisis de si el contrato cumplía, o no cumplía, los requisitos establecidos en el citado Reglamento CE 556/89, que habría sido derogado.

Por tales razones, el TDC consideró oportuno conceder la autorización singular solicitada en relación con el contrato de franquicia industrial y de distribución. Sin embargo, manifestó a los interesados que la obligación de notificación a la concedente de las ventas pasivas realizadas por los distribuidores fuera de su territorio concedido no podía utilizarse para obstaculizar o impedir dichas ventas, dado que la libertad para llevarlas a cabo resultaba imprescindible para que la exención por categorías ampare los contratos notificados y para que el TDC conceda las autorizaciones singulares cuando éstas sean necesarias.

También destacó la Resolución "la diferencia entre declarar no restrictiva de la competencia la comunicación por la concedente al distribuidor de los precios recomendados aplicables a los minoristas y admitir la capacidad de la concedente de coartar la política comercial practicada por los distribuidores. Mientras la primera práctica resulta admisible, la segunda constituirá una infracción de las reglas de competencia".

Y como consecuencia de lo anterior se requería la aprobación de un RD que modificara lo establecido por el RD 157/1992, pero en tanto no tuviera lugar dicha modificación el Tribunal debe proceder a autorizar los contratos afectados por esta circunstancia y a anunciar que para dicha autorización normalmente aplicará los criterios contenidos en los Reglamentos comunitarios vigentes y no impondrá sanciones a los operadores que suscriban acuerdos sin dimensión comunitaria que cumplan el resto de los requisitos contenidos en los

Reglamentos que sustituyen a los enumerados en el artículo 1 del Reglamento 157/1992.

b) la comercialización en común, el establecimiento de programas de calidad y la utilización de una central de reservas estimulan la competencia sin suponer graves restricciones de la misma.

Resolución de 12.7.1996, Expte. A 183/96, Franquicia Hotelera B. W.

Solicitada autorización singular para un contrato-tipo de franquicia hotelera mediante la cual los hoteles franquiciados podrían utilizar los nombres comerciales, marcas, publicidad, central de reservas, servicios de relaciones públicas y formación de la Cadena Best Western International, el Tribunal consideró que la comercialización en común de programas de calidad y la utilización de una central de reservas en el ámbito de una cadena hotelera internacional, en especial cuando se dice que los socios mantendrán su independencia y su identidad operativa, constituyen elementos que contribuyen a la mejora de la prestación de los servicios, benefician a los usuarios y no suponen graves restricciones de la competencia, sino que, por el contrario, la estimulan y la favorecen. Por esta razón, el Tribunal consideró que el contrato-tipo de franquicia notificado podía acogerse a los beneficios de la autorización por categorías regulado en el artículo 1.1.e) del RD 157/1992, para los acuerdos de franquicia.

c) La uniformidad de las condiciones comerciales no pueden ser autorizadas.

Resolución de 19.7.1996, Expte. A 153/95, Rajolers de Catalunya.

El representante del Gremi de Rajolers de Catalunya formuló solicitud de autorización singular para un modelo de contrato de compraventa por suministro a disposición de los profesionales del sector del ladrillo para su relación con los contratistas y subcontratistas de obras. A juicio del Tribunal, el modelo de contrato remitido por el Gremi a sus asociados contendría elementos que permiten afirmar que el contrato pretende unificar las condiciones comerciales de venta de los productos, lo que constituye una conducta prohibida por el artículo 1 LDC. Sostuvo el Tribunal que el objetivo pretendido por los solicitantes consistente en defenderse de la potencia económica de

sus clientes, aún pudiendo ser admisible, debe ser conseguido mediante métodos distintos a la utilización de un contrato uniforme, dado que la uniformidad impediría que el adquirente pudiera optar entre diversos competidores tomando en consideración no sólo el precio y la calidad, sino otras condiciones de comercialización.

En consecuencia, el Tribunal resolvió no conceder la autorización solicitada, intimando al Gremi para que en el plazo de cinco días cesara en la conducta de aconsejar el contrato y a la remisión a todos sus agremiados de una Circular que comunicara la denegación citada.

Resolución de 14.11.1996, Expte. A 181/96, Fabricantes de corsetería.

La Asociación Empresarial de Fabricantes de Corsetería presentó una solicitud de autorización singular con objeto de restringir o suprimir la práctica de admisión de devoluciones de mercancías sin una razón o fundamento de carácter jurídico; más concretamente, se solicitaba autorización para un acuerdo por virtud del cual las empresas asociadas no admitirían las devoluciones de mercancías adquiridas mediante contrato de compraventa mercantil, salvo cuando se dieran las circunstancias previstas en los artículos 336 y 342 del Código de Comercio y el comprador pudiera optar por la rescisión del contrato y mostrara su disconformidad mediante la oportuna denuncia de los vicios o defectos en los plazos previstos en dicho Código. La justificación de la solicitud se amparaba en la existencia de una práctica tradicional, agravada por la crisis del sector, consistente en devolver las mercancías en buen estado y sin vicios, lo que ocasionaba perjuicios a los fabricantes.

A juicio del Tribunal, el acuerdo constituye una conducta prohibida por el artículo 1.1.a) LDC dado que, al imponer a los asociados las condiciones a exigir para las devoluciones, impide a cada empresario hacer su propia política y restringe la competencia. La solicitud fue denegada y se requirió a la solicitante para que en el plazo de cinco días remitiese una Circular a sus asociados dándoles a conocer el acuerdo del Tribunal.

4.3. Servicios de Información de Riesgos y Solvencia.

Una sociedad mercantil presentó una solicitud de autorización para crear un Servicio de información de riesgos y un Servicio de información de solvencia. La autorización fue denegada y posteriormente el Tribunal dictó una Resolución de aclaración.

Resoluciones de 3.6.1996 y 18.6.96, Expte. A 164/96, Servicio Trip/Asnef.

Se solicitó autorización singular para la creación de un fichero en el que se recogerían los datos de carácter positivo relacionados con el cumplimiento o incumplimiento por parte de personas físicas y jurídicas de sus obligaciones financieras y crediticias, en relación con un elevado número de servicios.

Quiso dejar claro el Tribunal que la autorización es excepcional, dado que, de acuerdo con el principio general, la LDC prohíbe todo acuerdo, recomendación, decisión o conducta, contraria a la competencia. Este rasgo de excepcionalidad obliga al TDC a analizar cuidadosamente las características de cada caso concreto para determinar si concurren circunstancias que justifiquen que un acuerdo contrario a la competencia puede ser autorizado. Como señala la primera Resolución: "no existe un derecho automático y perfecto para los solicitantes, aún cuando la autorización no sea discrecional". Y el fichero propuesto, que conllevaba intercambio de información, se incluía dentro de este marco general.

El Tribunal tomó en consideración las Comunicaciones de la Comisión Europea en las que se fijaban los criterios que deberían regir para las autorizaciones singulares. Y citaba expresamente la Comunicación relativa a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativas a la cooperación entre empresas (DOC 75 de 29.7.1968, corregido por DOC 84 de 28.8.1968), dado que resultaba evidente que en el fichero propuesto existía una cooperación entre empresas que se concretaba en un intercambio de información. Ciertamente existen acuerdos no restrictivos de la competencia y, por lo tanto, autorizables, tales como aquellos que tienen como objeto el intercambio de opiniones y la experiencia, el estudio en común de los mercados, la realización en común de estudios comparados sobre empresas y sectores económicos y la elaboración en común de

estadísticas y esquemas de cálculo. Alternativamente, la Comisión ha declarado que no son autorizables aquellos acuerdos que suponen intercambio de información sobre cuestiones que normalmente constituyen "secretos de negocios".

El fichero cuya autorización se solicitó va más allá del contenido de un registro de morosos e incluye un conjunto de datos relativos a empresas y ciudadanos que estaría a disposición no sólo de las entidades de financiación miembros de la Asociación solicitante sino, incluso, de los asociados a ésta. En definitiva, los datos estarían a disposición de las empresas del sector crediticio y de la financiación, así como de las empresas que realicen sus operaciones de venta o arrendamiento de servicios ofreciendo la posibilidad de pago aplazado, facilitando la colusión tácita sin que los usuarios puedan beneficiarse de las posibles ventajas del instrumento cuya autorización se pretende y sin que ello suponga una mejora de la comercialización del servicio ni contribuya a progreso alguno.

Al no darse las circunstancias que permiten la concesión de una autorización singular al amparo de lo dispuesto en el artículo 3 LDC, la solicitud fue denegada. Además, el TDC requirió al solicitante para que, en el supuesto de haber llevado a cabo la aplicación provisional del fichero propuesto, proceda a cesar en su aplicación. La Resolución del TDC del día 3.6.1996 fue reiterada en la posterior Resolución de aclaración del día 18.6.1996.

4.4. Base de datos.

Resolución de 30.7.1996, Expte. A 188/96, Base de Datos Información Patrimonial.

La autorización solicitada se refería al establecimiento de una base de datos contenidos en boletines oficiales y registros de la propiedad de personas físicas y jurídicas que tuvieran lugar en la Comunidad Autónoma Gallega. Se resolvió el expediente con una declaración del Tribunal de que la autorización no era necesaria al no ser una conducta del artículo 1 LDC.

4.5. Boletín de precios.

Resolución de 30.7.1996, Expte. A 143/95, Precios Venta CVSCCL.

Se trataba de obtener autorización del Tribunal para que una cooperativa pudiera elaborar un boletín de finalidad meramente consultiva de precios de compraventa de vehículos automóviles de ocasión, que reflejara el valor medio de las transacciones realizadas por los socios en el trimestre anterior a la fecha de su publicación.

En relación con la solicitud, el Tribunal manifestó que no podía plantear objeciones al mero tratamiento estadístico de los datos correspondientes a las transacciones llevadas a cabo por los socios de la Cooperativa durante los tres meses anteriores a la fecha de la publicación del Boletín. Ni tampoco al hecho de que la ausencia de transacciones se tradujera en la publicación del último dato conocido con explícita mención de su fecha. Sin embargo, el Tribunal no podía aceptar la publicación de los datos cuando ésta fuera el resultado de calcular la media aritmética de los valores publicados en el Boletín Estadístico de la Asociación Nacional de Vendedores de Vehículos a Motor y en el Boletín estadístico sobre valoraciones de automóviles, a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y de Sucesiones y Donaciones, editado por el Ministerio de Economía y Hacienda. Y aún menos podía aceptar el Tribunal que los valores pudieran estar sujetos "a modificaciones en cada caso particular", como pretendían los solicitantes.

Las razones aducidas por el Tribunal para justificar la denegación de autorización se referían al hecho de que los citados datos del Ministerio de Economía y Hacienda no se refieren a valores del mercado. En consecuencia, no cumplen el criterio de reflejar "hechos realmente acaecidos" (Ver Resoluciones Expte. 322/92, Faconauto; y Expte. 358/95, Fecavem). En consecuencia, su consideración conjunta con datos de cualquier procedencia no permitiría superar dicho inconveniente, dado que el resultado final no sería acorde ni con la veracidad estadística ni con los criterios que deben inspirar la conducta de las empresas en el marco de la libre competencia.

4.6. Distribución selectiva.

Resolución de 11.12.1996, Expte. Revoc. 16/90, Relojes Omega.

El Tribunal decidió no revocar la autorización concedida a una sociedad para su red de distribución selectiva de relojes dado que se había corregido la posible conducta prohibida y la solicitante suministraba piezas y accesorios a terceros independientes. Insistió el TDC que cualquier modificación que pudiera tener efectos restrictivos de la competencia, y que no pudiera ampararse en la propia autorización, podía dar lugar a un nuevo expediente de revocación.

4.7. Las guías de contratación sectorial no deben encubrir la autorregulación.

Resolución de 8.3.1996, Expte. A 169/96, Guía Contratación Almacenistas Hierro.

Solicitada autorización singular para la publicación de una Guía sobre condiciones legales de contratación, el Tribunal declaró que no constituía una práctica restrictiva de la competencia sujeta a la prohibición del artículo 1 LDC. Sin embargo, el análisis del contenido de la propuesta revelaba que algunas condiciones recogidas en un anexo como, por ejemplo, la exigencia de confirmación escrita por el comprador de la aceptación de ofertas, la sujeción al pago total del precio pactado como condición suspensiva de la transmisión de la propiedad del material vendido, o la contabilización separada de los intereses por aplazamiento de pago por entenderse que el precio de oferta debe ser para el pago al contado, pueden ser cláusulas lícitas pero no obligatorias y que, de ser incluidas en las condiciones legales de contratación de las empresas de la Asociación, induciría a error a los usuarios de la Guía y podrían tener como objetivo o como resultado una conducta paralela entre competidores contraria a la LDC, no pudiéndose justificar en los términos del artículo 3 LDC.

5. Recursos ante el Tribunal contra las decisiones del Servicio.

En el año 1996 el Tribunal, junto a un recurso contra un acto del propio Tribunal en el que se pedía la revisión de oficio de la Resolución de 31.5.95

recaída en el Expte. R 112/95 (Resolución de 6.2.1996, Expte. R 112/95, Incidente Funerarias de Madrid), ha resuelto 43 recursos contra Acuerdos del Servicio.

Los actos del Servicio que se han recurrido son mayoritariamente Acuerdos de archivo de denuncias (28) a los que siguen los Acuerdos de sobreseimiento (12). También se ha recurrido el archivo de una solicitud de autorización singular (Resolución de 30.7.1996, Exp. r 161/96, Desmotadoras Algodón); la denegación por acto presunto de medidas cautelares (Resolución de 28.10.1996, Exp. r 168/96, Tabacos Canarias); y unas órdenes de investigación domiciliaria dictadas por el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia (Resolución de 4.11.1996, Exp. r 169/96, Unión de Explosivos).

De los 43 recursos se desestimaron 30 y se estimaron 13.

Uno de los recursos desestimados -Resolución de 8.4.1996, Exp. r 143/96, Anaya/Santillana- lo fue por desistimiento del recurrente y otros dos por desaparición de su objeto al haber obtenido satisfacción extra procedimental la pretensión del recurrente (Resolución de 14.11.1996, Exp. r 154/96, Cablevisión I; Resolución de 28.10.1996, Exp. r 168/96, Tabacos Canarias). Los demás no prosperaron por razones de fondo.

Cabe destacar que el Tribunal ha seguido manteniendo que el régimen de recursos establecido por la LDC no ha resultado afectado por la Ley 30/1992 que sólo tiene, en esta materia, aplicación supletoria (artículo 50 LDC). Así, en la Resolución de 23.4.1996, Exp. r 150/96, Grúas del País Vasco; y en la Resolución de 17.12.1996, Exp. r 176/96, Prestaciones Penitenciarias, en las que se había suscitado esta cuestión.

En los recursos contra el archivo de denuncias por el Servicio, el Tribunal ha examinado si resultaba fundada la apreciación hecha por aquél de la inexistencia de indicios racionales de que la conducta denunciada puede ser cierta y subsumible en alguno de los tipos de infracción que la LDC establece. En los recursos contra el sobreseimiento, el Tribunal ha examinado, además, si la instrucción realizada por el Servicio ha estado bien orientada y ha sido suficiente.

La persistencia del intervencionismo administrativo en la vida económica y la utilización de la denuncia como vía para que el Tribunal resuelva pretensiones cuyo conocimiento corresponde a otras instancias jurisdiccionales o administrativas ha hecho que el grupo más numeroso de

los recursos resueltos versen sobre la aplicación de la LDC a las conductas denunciadas.

En otros casos se ha examinado si hay acuerdo colusorio (artículo 1 LDC), abuso de posición de dominio (artículo 6 LDC) o competencia desleal que afecte al interés público (artículo 7 LDC).

A continuación se resume el contenido de algunas Resoluciones significativas de cada uno de estos grupos. La inclusión se ha hecho atendiendo a la cuestión principal que se plantea en cada caso.

5.1. Actividad administrativa y actividad económica de las Administraciones Públicas.

Resolución de 1.4.1996, Expte. r 145/96, Ayuntamientos del País Vasco.

La denuncia archivada por el Servicio se dirigía contra diversos Ayuntamientos del País Vasco que concedían y denegaban, arbitrariamente a juicio del denunciante, licencias de venta ambulante. El Tribunal confirmó el archivo porque consideró que el otorgamiento de las licencias es un acto administrativo cuya impugnación debe hacerse conforme a las normas reguladoras de la actividad administrativa.

Resolución de 19.4.1996, Expte. r 151/96, Ayuntamiento de Madrid.

Se denunció la negativa del Ayuntamiento de Madrid a conceder a la denunciante una licencia para la instalación de una gasolinera, como consecuencia de la aplicación del Plan Especial de Instalaciones de Suministro de Combustibles para Vehículos. En la Resolución se confirmó el archivo de la denuncia porque las actuaciones del Ayuntamiento de Madrid que se denunciaban constituyen un ejercicio de las facultades urbanísticas del Ayuntamiento cuya revisión, al no actuar el Ayuntamiento como operador económico, no corresponde al Tribunal.

Resolución de 17.7.1996, Expte. r 152/96, Quioscos Moncofar.

Los términos de la denuncia y del recurso que originó el expediente se referían a unas presuntas prácticas anticompetitivas cuya esencia se sintetiza en dos cuestiones. La primera plantea que la actividad comercial de la discoteca propiedad del denunciante se regula por la misma normativa que los chiringuitos con ambiente musical que se instalan durante el verano en la playa y que adjudica el Ayuntamiento de Moncofar, pese a la diferencia de inversión entre ambos. La segunda cuestión se refiere a la exigencia del Ayuntamiento del respeto escrupuloso del horario del cierre de la discoteca, lo que no ocurría en el caso de los chiringuitos.

El Tribunal confirmó el archivo de la denuncia porque las actuaciones del Ayuntamiento que se denunciaban no son actividades económicas susceptibles de atribuirle la condición de operador económico, quedando por tanto fuera de la LDC.

Resolución de 6.9.1996, Expte. R 115/96, Funerarias de Madrid 3.

Se denuncia a la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. por negar el uso de sus tanatorios a otras funerarias, así como por establecer tarifas excesivas. El Tribunal declaró que la Empresa Municipal no puede impedir el uso de sus tanatorios y que sus tarifas son precios privados que fija la propia empresa y no el Ayuntamiento, estimando el recurso y revocando el sobreseimiento para que el Servicio investigue el posible abuso de su posición dominante.

Resolución de 28.6.1996, Expte. r 141/96, Corredores de Comercio 2.

Se denuncian los convenios que celebran entre sí los Corredores de Comercio de una misma plaza. Tales convenios consisten: en primer lugar, en el establecimiento de despachos colectivos para todos los Corredores de una misma plaza; en segundo lugar, en el reparto de ingresos y gastos entre todos los Corredores de una misma plaza; y, por último, en la confusión, en algunas plazas, entre los despachos profesionales de los Corredores y las sedes de los Colegios Oficiales. El Tribunal confirmó el archivo al tratarse de una conducta que cuenta con amparo legal proporcionado por el Decreto de 27 de

mayo de 1959. Y ello sin perjuicio de que el Tribunal reiterara el criterio expuesto en su Informe al proyecto de modificación del citado Decreto de la conveniencia de que el régimen excepcional de que disfrutaban los Corredores de Comercio sea revisado.

Resolución de 15.4.1996, Expte. R 126/95, Handling Aeropuertos.

El expediente incoado por la denuncia contra Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) por fijación abusiva del precio del handling, irregularidades y discriminaciones en la concesión de licencias de handling favoreciendo a la compañía Iberia, fue sobreseído por el Servicio porque las actuaciones de AENA, realizadas en la gestión de un servicio público, tenían carácter administrativo y no podían ser revisadas por el Tribunal. Este, por el contrario, entendió que si bien hay actuaciones de AENA sometidas al derecho público, las conductas denunciadas están sometidas al derecho privado y no tienen el carácter de actos administrativos estando sujetas a la LDC, lo que motivó la estimación del recurso.

Resolución de 30.4.1996, Expte. r 148/96, TRAGSA.

La Agrupación de Contratistas Aragoneses de Obras Públicas denunció el Convenio celebrado entre la Comunidad Autónoma de Aragón, el IRYDA (cuyas funciones fueron luego asumidas por la Secretaría General de Desarrollo Rural y Conservación de la Naturaleza) y la Empresa Nacional de Transformación Agraria S. A. (TRAGSA). En dicho convenio se establecía que sería TRAGSA la que ejecutase las obras de naturaleza agraria de la Comunidad Autónoma, obras que se considerarían ejecutadas directamente por la Administración con sus medios propios.

Archivada la denuncia, el Tribunal revocó el archivo por entender que la firma del convenio y su aplicación podrían constituir una infracción de la LDC.

La Resolución tuvo dos votos en contra que sostenían que correspondía a la jurisdicción contenciosa el conocimiento de las pretensiones deducidas en relación con el Convenio y con la aplicación de las normas de contratación administrativa.

Resolución de 2.7.1996, Expte. R 159/96, Contenedores de Barcelona.

Una empresa estibadora denunció a la Autoridad Portuaria del Puerto de Barcelona por la concesión de una terminal de carga y descarga y por diversas actuaciones posteriores relacionadas con este mercado. Se afirmaba que parecen acuerdos que están dentro del ámbito del derecho privado, que son propios de un agente económico que actúa en el mercado y que pueden estar incursos en los artículos 1 y 6 LDC, revocándose por ello el sobreseimiento.

Resolución de 11.10.1996, Expte. r 166/96, Energía y Cementos Vascos.

Se denunció la constitución por varias empresas y el Ente Vasco de la Energía (EVE), creado por el Gobierno Vasco, de una sociedad para la explotación de una nueva cementera. El Tribunal afirmó que la decisión de que el EVE participara en la sociedad constituye un acto administrativo no revisable por el Tribunal, pero que el Servicio debe investigar para resolver en consecuencia si se trata de una concentración o de un acuerdo de cooperación entre competidores, revocándose parcialmente el archivo de la denuncia.

Resolución de 14.11.1996, Expte. r 157/9, Cablevisión 2.

Se denunció a Telefónica y Canal Plus por prestar el servicio de Televisión por cable utilizando las propias redes de Telefónica, lo que estaría prohibido por su contrato con el Estado. Se confirmó el archivo porque la interpretación de este contrato corresponde al órgano de contratación -la Secretaría de Estado para las Comunicaciones- contra cuya decisión, que el recurrente combate, debe acudir a la vía contencioso-administrativa y no al Tribunal.

Resolución de 17.12.1996, Expte. r 175/96, Farmacias de Alicante.

Se confirmó el archivo de la denuncia porque las decisiones de los Colegios de Farmacéuticos sobre la apertura de farmacias, ejercitando una facultad pública que les concede la Ley, sólo pueden ser objeto de impugnación por la vía administrativa ordinaria.

Resolución de 12.4.1996, Expte. R 142/96, Arquitectos Canarias.

Se denunció al Colegio Oficial de Arquitectos de Canarias por la revisión al alza de los módulos en pesetas por metro cuadrado que sirven para calcular el coste teórico de ejecución de la obra a efectos de concesión del visado por el Colegio. Una vez concluida la obra, los honorarios del arquitecto se fijan atendiendo al coste real de ejecución. Se revocó el sobreseimiento porque la fijación de un coste estimativo no es facultad atribuida por la Ley a los Colegios y porque no puede afirmarse, sin el oportuno estudio detenido sobre los efectos económicos de los precios de referencia, que dichos precios no alteran la situación competitiva del mercado.

Resolución de 25.6.1996, Expte. r 160/96, Aparejadores de Madrid.

Se denunció la conducta del Colegio de Aparejadores de Madrid de negar el visado de un proyecto profesional en tanto el cliente no deposite las cantidades que debía a un anterior aparejador a quien había encargado el mismo proyecto. El Tribunal revocó el archivo de la denuncia considerando que el Colegio tiene posición de dominio en el mercado de los servicios profesionales de los aparejadores por la obligatoriedad tanto de la colegiación de los profesionales como de su intervención en los proyectos de obras; y que no está previsto legalmente que el visado pueda utilizarse para garantizar el cobro de los honorarios devengados, lo que constituye un abuso de poder.

5.2. Cuestiones civiles.

Resolución de 16.1.1996, Expte. r 132/95, Ford España.

Uno de sus distribuidores acusó a Ford España de haber incluido en los contratos tipo de distribución y servicios postventa de automóviles un conjunto de cláusulas restrictivas de la competencia no autorizadas por el Reglamento CEE 123/85 y de diversas conductas que suponen colusión y abuso de posición de dominio frente al distribuidor. Dichas cláusulas hacen referencia a: nombramiento de agentes oficiales; pedidos; condiciones de plazo; representación en el mercado; cesión de contrato; cambio de modelos; terminación del

contrato; cambio de gestores o de titularidad del capital; y rescisión automática del contrato por vencimiento del término.

En relación con el presunto abuso de posición de dominio, la denuncia hacía referencia a: la reestructuración por parte de Ford de las áreas territoriales de concesión, lo que supone el cambio de concesionario a la recurrente pasando a depender de Talleres Auto Sport; la apertura por Talleres Auto Sport de un punto de exposición y venta en la población de la recurrente; la designación por Talleres Auto Sport de un nuevo servicio oficial en la población de la recurrente y la resolución por aquélla del contrato que mantenía con la recurrente; la negativa por parte de Ford a que la recurrente, ante la suspensión de pagos de Talleres Auto Sport, pasase a incorporarse como servicio oficial en el área de influencia de un nuevo operador; y, por último, haber sido excluida la denunciante como servicio oficial Ford de la "Guía de Viajes España 1994".

Aunque no fuera invocado por la recurrente, el Servicio analizó la posibilidad de que los hechos denunciados pudieran constituir un acto de explotación de la situación de dependencia económica, incurso en el artículo 7 LDC. El Tribunal estimó que no hay cláusulas contrarias al Reglamento CEE 123/85 y que no hay posibilidad de abuso porque el mercado relevante no lo determina la marca sino la clase de vehículo y Ford no tiene posición de dominio ni en los vehículos de turismo ni en los industriales. Tampoco los comportamientos imputados a Ford España podían ser considerados como constitutivos de actos de competencia desleal del artículo 16.2 de la Ley de Competencia Desleal, al faltar el requisito de la inexistencia de fuentes de aprovisionamiento alternativas, dada la existencia de un importante comercio paralelo.

Según el Tribunal, las cuestiones que el distribuidor ha planteado sobre el incumplimiento del contrato por parte de Ford son exclusivamente civiles.

Resolución de 7.6.1996, Expte. R 162/96, Fiat Auto España.

Se planteó una cuestión semejante y se resolvió en el mismo sentido que el Expediente r 132/95, Ford España.

Resolución de 24.6.1996, Expte. r 164/96, Bebidas alcohólicas.

Se denunció la resolución de un contrato de distribución exclusiva y la negativa del fabricante a continuar la venta. Como el fabricante distribuidor no ostentaba posición de dominio en el mercado de los productos objeto de controversia, no podía haber abuso, siendo una controversia de carácter civil.

Resolución de 9.2.1996, Expte. r 138/95, Instituto Social de las Fuerzas Armadas.

Un laboratorio, que tenía un contrato con el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) para realizar análisis, denunció la ruptura de este contrato por el Instituto para encargar los mismos análisis a otro centro. El Tribunal ratificó el archivo de la denuncia por ser una cuestión ajena a la competencia en su expresión recogida en la LDC, ya que a los agentes económicos les asiste la libertad de elección de los proveedores. El Tribunal sostuvo que al respecto existe una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y reiterada doctrina del Tribunal y todo ello sin perjuicio de la eventual reclamación ante la jurisdicción ordinaria.

Resolución de 15.7.1996, Expte. r 158/96, Talleres Landaluze.

Dos empresas establecieron un acuerdo de colaboración para actuar en un mercado emergente, como es el de la entrega llave en mano de fábricas de cerveza, acusando luego una a la otra de difundir falsos rumores y de retener la entrega de una suma de dinero. Se confirmó el archivo porque son conductas ajenas a la LDC.

5.3. Concertación colusoria.

Resolución de 5.7.1996, Expte. r 144/96, Tipos de interés bancario.

Se denunció por la representante de la Unión de Consumidores de España la aplicación por 32 entidades bancarias del mismo tipo de interés (el 29 %) a los descubiertos en cuenta corriente y a los excedidos en cuentas de crédito. El Tribunal estimó que no hubo concertación del artículo 1 LDC porque la coincidencia se ha ido

produciendo a lo largo de siete años; y el paralelismo consciente -los tipos de cada banco se publican- se explica porque este interés es para situaciones anómalas que los bancos no desean (interés disuasorio) y el 29 % es el límite superior antes de considerarlo usurario al observar que el mercado los aceptaba y la sociedad los permitía. El Tribunal consideró que "probablemente la institución bancaria que hubiera traspasado la barrera psicológica del 30% en sus tipos de interés nominales se hubiere encontrado con problemas no sólo de imagen frente a sus competidores, sino incluso legales". La coincidencia se debe a las reacciones normales de los operadores.

5.4. Abuso de posición dominante.

Resolución de 20.3.1996, Expte. r 139/95, Shell-Repsol.

Siete estaciones de servicio denunciaron a las petroleras Shell y Repsol porque, en primer lugar, los contratos que las vinculan con ellos no se ajustaban al Reglamento CEE 1984/83 de la Comisión; en segundo lugar, las petroleras habían incumplido la cláusula de mejor precio; en tercer lugar, se las discriminaba frente a los titulares de instalaciones fijas, a quienes se otorgaban mejores condiciones; y, por último, el suministro del carburante no se hacía a la temperatura adecuada.

El Servicio continuó el examen de la primera cuestión (adecuación de los contratos al Reglamento 1984/83) y archivó la denuncia respecto de las demás.

El Tribunal desestimó el recurso contra el archivo porque el incumplimiento denunciado de la cláusula de comprador más favorecido es una cuestión civil, que debería plantearse ante esta jurisdicción lo mismo que la entrega del carburante a temperatura distinta. Y porque la aplicación de unas condiciones diferentes a las estaciones fijas no es conducta del artículo 1 LDC al no haber acuerdo entre las petroleras denunciadas, que actuaron cada una por su cuenta; tampoco es conducta del artículo 6 LDC, porque las mejores condiciones que conceden a las estaciones fijas están justificadas al no gozar éstas de las facilidades económicas y financieras que las petroleras conceden a las estaciones de servicio a la firma del contrato de suministro.

Resolución de 30.7.1996, Expte. R 155/96, Gasolineras de Canarias.

Se acusaba a una distribuidora de productos petrolíferos por incluir en los contratos con los detallistas cláusulas contrarias al Reglamento CEE 1984/83 y por forzar la sustitución de los contratos que tenía con algunos de ellos por otros nuevos menos favorables. En la Resolución se declara que la distribuidora no tiene posición de dominio aunque tenga un 37'3% del mercado porque no puede ejercer en el mismo una influencia decisiva ni desarrollar una estrategia comercial independiente ante la competencia de otros distribuidores; y que, si bien es cierto que alguna de las cláusulas de sus contratos son incompatibles con el citado Reglamento, la denunciada ha ido adaptando sus contratos de concesión a las prescripciones del Derecho Comunitario y nacional en materia de exención por categorías, a medida que iban venciendo los antiguos y suscribiéndose los nuevos. Por estas razones y por economía procesal, el Tribunal desestima el recurso y simplemente ordena a la denunciante a que en breve plazo finalice la adaptación de los contratos.

Resolución de 30.7.1996, Expte. R 149/96, PETRODIS.

Una estación de servicio denunció el contrato firmado con una distribuidora porque la posición de dominio de ésta le había permitido incluir cláusulas abusivas. En la Resolución se afirma que no hay posición de dominio porque en el momento de celebrar el contrato la distribuidora no había comenzado su actividad.

Resolución de 21.10.1996, Expte. R 163/96, Transformadores eléctricos.

Se acusaba a una empresa eléctrica de exigir que los aparatos de medida que fueran instalados por terceros, instaladores o usuarios, en sus propios tendidos, cumplan unas determinadas normas de la propia empresa que van más allá de las normas oficiales. El Tribunal consideró que en un mercado liberalizado las empresas no deben encontrar obstáculos a la hora de competir con otros operadores económicos. Del contenido del expediente se deduce que determinados productos que cumplen con normas italianas,

internacionales y de la Unión Europea no podían ser comercializados en España dado que no se ajustaban a las normas técnicas internas de la mencionada empresa eléctrica ni a las normas recomendadas por UNESA, las cuales, según el Ministerio de Industria y Energía, no son normas oficiales sino de uso exclusivo de las propias empresas eléctricas que las establecen y, en consecuencia, ni son obligatorias ni pueden ser impuestas a terceros. Adicionalmente, la autoridad comunitaria manifiesta que las normas de la empresa no son aplicables y que la documentación aportada por los denunciantes era suficiente. Se revocó el sobreseimiento del SDC por estimar que las empresas eléctricas tienen posición de dominio en el mercado de instalación de aparatos en sus redes, por lo que el rechazo a la instalación de aparatos que cumplen con las normas oficiales puede ser abusivo.

Resolución de 10.4.1996, Expte. r 146/96, Marcaciones abreviadas Telefónica.

La compañía Telefónica de España S. A. tiene concedido un número de tres cifras a la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias de Andalucía. Un competidor pide que le otorgue otro teléfono similar a él. La denuncia fue archivada porque, según el SDC, al conceder los teléfonos de tres cifras Telefónica actúa con criterios objetivos y no discriminatorios, no existiendo por ello ni acuerdo ni abuso. El Tribunal entendió que se produce una situación de desigualdad entre competidores no admisible aunque uno de ellos sea de capital público, que puede implicar un abuso de posición dominante.

Según el Tribunal la concesión de teléfonos con marcaciones abreviadas es relevante para la competencia si los beneficiarios de la concesión son operadores económicos que ven potenciada su capacidad de captación de clientes por la facilidad que supone el tener que memorizar y marcar sólo tres cifras para obtener un servicio. Y, en especial, cuando el servicio que se ofrece -en este caso el de la atención de urgencias médicas- es de demanda esporádica y de prestación o ejecución cuanto más inmediata mejor. Por su parte, Telefónica, como empresa monopolista, debe observar el principio de igualdad de trato a los competidores no creando desigualdades en su situación competitiva, independientemente de la naturaleza jurídica y el origen o titularidad de su capital social. Por todo ello, el Tribunal resolvió estimar el recurso.

Resolución de 23.12.1996, Expte. r 181/96, Telefónica de España S.A.

El Tribunal estimó el recurso siguiendo la Resolución de 18.7.1996 sobre medidas cautelares, por entender que la utilización por Telefónica de sus números 002 y 004, de llamada gratuita, para la comercialización de productos liberalizados -terminales telefónicos- sobre los que existe competencia, puede infringir la LDC.

Resolución de 7.10.1996, Expte. R 167/96, La Voz de Galicia.

Se denunció a la editora de un periódico por haber suspendido el suministro a un quiosco en represalia por haber repartido éste una carta que el periódico creía perjudicial para él. Se rechazó porque para afirmar la posición de dominio de la editora del periódico debería haberse delimitado previamente el mercado, cosa que no se hizo.

Resolución de 6.11.1996, Expte. r 170/96, General Española de Librería.

Se denunció a un distribuidor en exclusiva de publicaciones de prensa por abuso al cesar el suministro como respuesta al impago por el quiosquero del precio del transporte hasta el quiosco que se había convenido con la Asociación de Vendedores de Murcia. Se estimó que el distribuidor en exclusiva no tenía posición de dominio en el mercado principal de las publicaciones que distribuye porque existían sustitutivas y, por tanto, tampoco en el mercado conexo del transporte de las mismas.

Resolución de 27.12.1996, Expte. r 183/96, Prensa Barcelona.

Denunciado por discriminación, por un quiosco de prensa, un distribuidor en exclusiva de publicaciones, el Tribunal estimó que no había discriminación porque el mercado relevante no era el de las publicaciones sino el de su transporte hasta el quiosco, que es donde se produce la discriminación denunciada y en este mercado el exclusivista no tiene posición de dominio.

Resolución de 8.7.1996, Expte. r 147/96, Manuel Salvador.

Un exhibidor de películas denunció a un importador/distribuidor exclusivo de una productora por abuso y discriminación al no facilitarle las películas que le solicitaba. El Tribunal distinguió tres mercados: en primer lugar, el mercado de los grandes estrenos, en que cada título puede ser insustituible, admitiéndose que se ceda en exclusiva a un exhibidor; en segundo lugar, el mercado de las películas clásicas (reposiciones); y, por último, el mercado de las demás películas. En este caso no hay entre las películas no facilitadas ninguna del primer grupo; y en los otros dos mercados el distribuidor no tenía posición de dominio, por lo que se confirmó el archivo.

Resolución de 20.6.1996, Expte. r 153/96, Televisión de Burgos.

Se denunció la instalación de amplificadores monocanal para reemitir las emisiones de dos Televisiónes Autonómicas fuera de sus territorios, intercalando al mismo tiempo en la reemisión de la Televisión ajena una programación propia.

El Tribunal estimó que no había abuso de posición de dominio en el mercado de los amplificadores monocanal, existiendo una pluralidad de empresas que los fabrican o instalan, y que la captación y reemisión de las televisiones autonómicas, hecha sin acuerdo con ellas, en la medida en que pueda constituir una infracción legal y, por tanto, una conducta de competencia desleal, no tiene la entidad que exige el artículo 7 LDC para constituir una infracción.

5.5. Competencia desleal.

El Tribunal ha continuado manteniendo una interpretación estricta del artículo 7 LDC, según la cual no toda conducta desleal es susceptible de integrar el tipo general en él descrito porque este precepto no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad ni proteger directamente los intereses de los competidores perjudicados. De esto se encarga la Ley de Competencia Desleal de 1991. El artículo 7 LDC es una norma de derecho público que persigue una finalidad de interés público, cual es que las conductas desleales no lleguen a falsear el funcionamiento competitivo del mercado. Y como pudiera

pensarse que la lealtad en la competencia es requisito de un normal funcionamiento del mercado, la Ley exige expresamente que la afectación sea sensible, esto es, que la conducta tenga entidad suficiente para alterar de manera significativa el desenvolvimiento regular del mercado.

Resolución de 17.6.1996, Expte. r 156/96, Ascensores Málaga.

Estimó el Tribunal que las conductas denunciadas, concretamente, actos de denigración tendentes a eliminar a la denunciante del mercado de la instalación y mantenimiento de ascensores, no tienen entidad suficiente para producir un falseamiento sensible de la competencia en todo o parte del mercado nacional que por su propia dimensión afecte al interés público, condición necesaria para que el Tribunal conozca de los actos de competencia desleal.

6. Cuestiones de procedimiento.

En este apartado se analizan los principales pronunciamientos del TDC durante el año 1996 en cuestiones relativas a procedimiento.

Si hubiera que señalar algún apartado especial entre el conjunto analizado, cabría resaltar los diversos argumentos esgrimidos por el Tribunal en diferentes Resoluciones para rebatir las alegaciones de caducidad que se realizaban interpretando las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y del Real Decreto 1.398/1993, que aprueba el Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

Las Resoluciones se han dividido en cuatro apartados, según el tipo de procedimiento en el que han recaído: en primer lugar, expedientes de autorización; en segundo lugar, expedientes de medidas cautelares; en tercer lugar, expedientes sancionadores; y, por último, expedientes de recurso contra Acuerdos del Servicio.

6.1. Expedientes de autorización.

6.1.1 Informe de una Asociación de Consumidores.

Resolución de 30.1.1996, Expte. A 159/95, Morosos Revistas Información.

Consideró el Tribunal que no cabía estimar el informe de una Asociación de Consumidores como alegaciones de un interesado, ya que la citada Asociación no se ha personado en el expediente solicitando ser interesada y concretando el interés específico que sirviera de base a tal pretensión, tal y como dispone el artículo 31.1.c) de la Ley 30/1992. En el mismo sentido se ha pronunciado la Resolución de 1.2.1996, Expte. A 156/95, Morosos Dulce.

6.1.2 Desistimiento.

Resolución de 25.3.1996, Expte. A 162/96, Contadores de Agua.

La Resolución admite el desistimiento del solicitante de una autorización singular, ya que no existe ninguna prohibición en el ordenamiento jurídico y, además, esa forma de terminación del procedimiento no es susceptible de producir efectos sobre el interés general. La misma doctrina se reitera en la Resolución de 29.7.1996, Expte. A 184/96, Serinban, en la que se citan los artículos 87, 90 y 91 de la Ley 30/1992 como preceptos en los que se establecen las condiciones y efectos del desistimiento en los procedimientos administrativos.

6.1.3 Condición de interesado en el expediente.

Resolución de 30.7.1996, Expte. A 143/95, Precios Venta CVSCCL.

En la Resolución se analizan dos cuestiones relativas a la condición de interesado. La primera de ellas se refiere a quién puede ser considerado como interesado, cuestión que se resuelve aplicando el artículo 31.1.c) de la Ley 30/1992, en el sentido de considerar como

interesados a todos aquéllos cuyos intereses legítimos puedan resultar afectados por la Resolución. Dentro de este concepto cabe incluir a las entidades que agrupen a miembros que intervengan en un mercado al que afecte la conducta para la que se solicita autorización. La segunda cuestión se refiere al momento en el que se puede declarar la condición de interesado y el momento en que éstos pueden aducir alegaciones. El Tribunal ha resuelto esta cuestión mediante la aplicación de los artículos 31.1.c) y 79.1 de la citada Ley 30/1992 ya que, según el primero de estos preceptos, los interesados pueden presentarse en el expediente en tanto no haya recaído resolución definitiva; y, según el segundo artículo, los interesados pueden aducir alegaciones y aportar documentos o elementos de juicio en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia.

6.1.4 Revocación de la autorización.

Resolución de 11.12.1996, Expte. Revocación 16/90, Relojes Omega.

Según se establece en esta Resolución, a tenor de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, los expedientes de revocación se tramitarán de acuerdo con el procedimiento establecido para las autorizaciones por lo que, si el Servicio se muestra contrario a la revocación y el Tribunal se muestra conforme con esa calificación, se procederá a dictar Resolución sin más trámite.

6.2. Expedientes de medidas cautelares.

6.2.1 Imposibilidad de prórroga de medidas cautelares. Devolución de fianza.

Resolución de 3.6.1996, Expte. MC 9/95, Desmotadoras de algodón.

Esta Resolución puso fin a un incidente en el cual se plantearon dos cuestiones: la primera, relativa a la prórroga de las medidas

cautelares; y, la segunda, referida al momento en el que se debe proceder a la devolución de la fianza prestada para la concesión de las medidas cautelares.

La primera cuestión se resuelve según la doctrina del Tribunal (Resolución de 1.10.1992, Expte. MC 5/92, Fútbol por Televisión) a cuyo tenor el plazo de 6 meses establecido en el artículo 45.6 LDC es de caducidad y, por lo tanto, no puede ser prorrogado. Sin embargo, consideró el Tribunal que era posible establecer una nueva medida cautelar con posterioridad al plazo de vencimiento de la anterior.

Al resolver la segunda cuestión el Tribunal ha argumentado que la fianza se exige al peticionario para responder de los daños y perjuicios que se hubieran podido causar a otras personas, sólo cuando dicha medida no sea convalidada por la Resolución definitiva. En consecuencia, solamente en ese momento se podrá decidir sobre la devolución de la fianza.

6.2.2 Legitimación para solicitar del Tribunal la adopción de medidas cautelares.

Resolución de 18.7.1996, Expte. MC 10/96, Airtel-Telefónica.

En la Resolución se establece como uno de los requisitos de los expedientes de medidas cautelares ante el Tribunal que éstas sean propuestas por el SDC, aunque también se legitima con carácter indirecto a los "interesados" quienes podrán instar del Servicio la petición de medidas cautelares, pudiendo incluso plantearlas ante el Tribunal por vía de recurso si la negativa del Servicio causa indefensión.

6.3. Expedientes sancionadores.

6.3.1 Caducidad del expediente.

Resolución de 8.1.1996, Expte. 337/93, Zontur.

La Resolución estimó que el plazo de caducidad de seis meses que establece la Disposición Transitoria Única del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (que aprueba el Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora) para la conclusión de los procedimientos sancionadores iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del propio Reglamento, no se refiere a todos los procedimientos anteriores, sino exclusivamente a los anteriores a dicha entrada en vigor, pero posteriores a la entrada en vigor de la Ley 30/1992 que el Reglamento desarrolla.

Resolución de 31.7.1996, Expte. 369/96, Cajeros Cajas de Ahorros.

Los interesados plantearon la caducidad del expediente, extremo que, según se indicó en la Resolución, fue resuelto en sentido negativo por el Auto de 20.3.1996, recaído en el mismo expediente. En dicho Auto el Tribunal consideró que no resultaban de aplicación los artículos 43.4 de la Ley 30/1992 y 20.6 del Real Decreto 1398/93, por las siguientes razones:

En primer lugar, el procedimiento no había sido iniciado de oficio y además era un procedimiento susceptible de producir efectos favorables para los ciudadanos interesados.

En segundo lugar, el artículo 92.4 de la LRJAP y PAC declara que la caducidad no es aplicable en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general y, como es sabido, los procedimientos de la LDC afectan al interés general.

Por último, la caducidad debe declararse en el plazo de 30 días desde el vencimiento del plazo en el que la Resolución debió ser dictada y la LDC no establece plazos máximos de tramitación. La multitud de trámites en los dos organismos (Servicio y Tribunal) haría absurda la aplicación del plazo de seis meses. A los procedimientos de la LDC no les son aplicables los plazos máximos del R.D. 1398/93,

sino los plazos que la misma LDC prevé para los diferentes trámites que establece.

6.3.2 Ausencia de infracción del artículo 37.1 LDC.

Resolución de 8.1.1996, Expte. 337/93, Zontur.

En la Resolución anteriormente citada, se analizó la alegación de infracción del artículo 37.1 LDC que ordena recoger en un pliego los hechos que puedan ser constitutivos de infracción. El Tribunal consideró que cuando un expediente se devuelve en aras de una mayor instrucción no es exigible que los nuevos hechos revelados por la instrucción ampliada se unan formalmente a los anteriores refundiéndolos en un solo pliego de concreción de hechos: basta que se concreten en un nuevo pliego que es continuación y complemento del anterior.

6.3.3 Apertura de expediente sancionador una vez concluido el expediente de concentración que había motivado su paralización.

Resolución de 26.2.1996, Expte. C 21/95, Cablevisión.

En la Resolución el Tribunal acordó interesar del Servicio la apertura de un expediente sancionador a la vista de las denuncias contra el acuerdo estratégico suscrito por Telefónica y Canal Plus, así como de los acuerdos suscritos por Telefónica con Iberdrola y el contrato-tipo de Cablevisión S.A. con los operadores de telecomunicaciones por cable, previa deducción de testimonio de estos últimos extremos.

La tramitación del expediente sancionador como consecuencia de la denuncia había sido objeto de paralización con motivo de la notificación voluntaria de tales acuerdos como concentración. Una vez emitido el informe del Tribunal en el expediente de concentración, se interesó la apertura de un expediente sancionador que deberá extenderse también a determinados extremos de los que el Tribunal tenía noticia en el expediente de concentración.

6.3.4 La instrucción no ha de limitarse a los hechos denunciados.

Resolución de 31.7.1996, Expte. 363/95, Cosméticos Farmacia.

En la Resolución se rechazó la alegación referida a que las conductas a las que se refería el expediente no estaban contenidas en la denuncia. El Tribunal consideró que la instrucción del Servicio no se limitaba a la denuncia y que la acusación sobre tales conductas estaba incluida en el pliego de concreción de hechos y, por lo tanto, los acusados han tenido todos los medios para defenderse de la imputación.

6.3.5 Suspensión de la ejecución de las Resoluciones del Tribunal.

Resolución de 11.9.1996, Incidente del Expte. 366/95, Vendedores de Prensa de Cantabria.

Por esta Resolución se concretó que la suspensión de la ejecución de las Resoluciones definitivas del Tribunal es competencia de la Audiencia Nacional y no del Tribunal. Tampoco es competencia del Tribunal conceder el aplazamiento del pago de las multas que permite el Reglamento General de Recaudación.

6.3.6 Documentos presentados en el acto de la Vista.

Resolución de 12.12.1996, Expte. 364/95, Ortopédicos Castilla-León.

En la Resolución se adoptó una decisión sobre determinados documentos presentados por los letrados en el acto de la Vista en apoyo de sus alegaciones, en el siguiente sentido:

En primer lugar, la copia de una escritura de compraventa de las participaciones de un interesado, aunque fuera innecesaria porque en el expediente ya existía documentación acreditativa de ese extremo, permite aclarar definitivamente una cuestión relevante. Además, no afecta a intereses de terceros y se hizo referencia a la

cuestión en la Vista sin que fuera combatida por los restantes intervinientes.

En segundo lugar, los restantes documentos, consistentes en un libro y fotocopia de artículos de prensa, no se aceptaron porque eran públicos y de fácil acceso, resultaban irrelevantes para resolver las cuestiones de fondo y, además, deberían haber sido puestos de manifiesto al resto de los interesados para que valorasen su alcance e importancia (artículos 40.3 y 42.2 LDC).

6.4. Expedientes de recurso.

6.4.1 Caducidad.

Resolución de 23.4.1996, Expte. R 150/96, Grúas País Vasco.

En la Resolución se dio respuesta a la cuestión planteada por el recurrente respecto de la caducidad del expediente por aplicación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Unica del Real Decreto 1.398/96. El Tribunal consideró que la Ley 30/1992 era inaplicable a los procedimientos ya iniciados antes de su entrada en vigor y añadió que los trámites del procedimiento de la LDC en dos órganos sucesivos haría absurda la aplicación del plazo de seis meses de la Disposición Transitoria citada, incluso el mismo plazo que señala el artículo 20.6 del Real Decreto 1.383/96, pues esa norma se aplica a los procedimientos sancionadores de carácter general, pero no a un procedimiento especial regulado por una Ley específica que se ha desarrollado por diversos Reglamentos.

6.4.2 Información reservada.

Resolución de 16.1.1996, Expte. r 132/95, Ford España.

La Resolución reitera la doctrina del Tribunal acerca de que la práctica de una información reservada o la realización de diligencias preliminares no debe dilatarse en el tiempo, así como que dichos procedimientos no son el cauce adecuado para realizar actividades de instrucción porque, al no quedar sometidos a los principios de publicidad y contradicción, generan indefensión.

6.4.3 Improcedencia del recurso extraordinario de revisión.

Resolución de 6.2.1996, Incidente Expte. R 112/95, Funerarias Madrid 1.

La Resolución aclaró que contra una Resolución del Tribunal no cabe el recurso extraordinario de revisión. En la Resolución recurrida, sí se dejó expedito el acceso a la vía contencioso-administrativa, pero ello no supuso más que una escrupulosa consideración del principio de defensa, ya que en realidad la vía administrativa no acabó con aquella Resolución, que no hizo más que ordenar la continuación del procedimiento administrativo sancionador iniciado por el Servicio.

6.4.4 Práctica de pruebas en un expediente de recurso.

Resolución de 9.2.1996, Expte. R 138/95, Instituto Social de las Fuerzas Armadas.

La Resolución aclara que, aunque la realización de pruebas no está prevista en el artículo 48 LDC relativo a la tramitación de los recursos, no por ello está excluido que el Tribunal acepte las propuestas por las partes o bien encargue la práctica de pruebas por propia iniciativa.

Resolución de 26.12.1996, Expte. R 178/96, Seguros Médicos Canarias.

La Resolución reitera el criterio del Tribunal acerca de que en los expedientes de recurso no existe un verdadero proceso probatorio, circunstancia que se justifica por el carácter sumario del procedimiento. También sostuvo el Tribunal que, como resolvió en el Auto de 13.5.1996, sólo excepcionalmente se ha admitido la práctica de pruebas por el Tribunal cuando la información obrante en el expediente no le permite disponer de los elementos necesarios para fundar su decisión y éstos no pueden ser aportados por las partes.

6.4.5 Práctica de pruebas; recusación; escrito presentado en el Juzgado de Guardia.

Resolución de 6.9.1996, Expte. R 115/95, Funerarias de Madrid-3.

En este expediente, que concluyó mediante la citada Resolución, se plantearon diversas cuestiones procedimentales. La primera de ellas se refirió a la recusación del Ponente, que se resolvió incorporando al expediente testimonio de un incidente idéntico planteado por el mismo interesado en el expediente 361/95. La segunda cuestión planteada está referida a la práctica de pruebas en un expediente de recurso, cuestión resuelta por el Auto de 13.5.1996 en el sentido de admitir un período de pruebas en el expediente de recurso cuando las pruebas necesarias para fundamentarlo sólo pueden ser aportadas por la otra parte o por terceros. Se planteó una tercera cuestión relativa a la realización de pruebas respecto de terceros que no forman parte del expediente, y se resolvió a favor de su admisibilidad con los siguientes argumentos: en primer lugar, la LDC no limita el alcance de las pruebas que pueden realizarse en un procedimiento; en segundo lugar, en ningún precepto se establece que los informes que se puedan solicitar tengan que proceder exclusivamente de quienes son parte en el procedimiento; en tercer lugar, en supuestos como el del expediente, en el que se debaten problemas de regulación, es lógico que se solicite la opinión de la Administración reguladora; en cuarto lugar, el artículo 40.2 LDC faculta al Tribunal para realizar cuantas pruebas estime pertinentes; y, por último, el hecho de que se solicite un informe al Ayuntamiento de Madrid no convierte a dicha institución en parte del procedimiento y mucho menos la transforma en encausada.

La última cuestión de procedimiento planteada por la denunciada consistía en alegar que el escrito de la recurrente había sido presentado por medio del Juzgado de Guardia. Frente a esta argumentación, el Tribunal consideró que la Ley 30/1992 establece un sistema amplio en cuanto a las dependencias en las que los ciudadanos pueden presentar sus escritos, por lo que esa fórmula de presentación se estima válida. Además, aunque no lo fuera, se trataría de un vicio procedimental que no genera la anulabilidad del procedimiento ni causa indefensión.

6.4.6 Desistimiento.

Resolución de 8.4.1996, Expte. R 143/96, Anaya-Santillana.

Esta Resolución aceptó el desistimiento del recurrente por no oponerse al mismo los restantes interesados ni observarse la existencia de un interés público de tal entidad que se sobrepusiera a la voluntad del recurrente.

Resolución de 22.11.1996, Expte. R 174/96, Hipotecas CECA.

Esta Resolución recuerda que la LDC no contempla el desistimiento del recurrente como forma de terminar el procedimiento, por lo que hay que acudir a lo dispuesto en los artículos 90 y 91 de la LRJAP y PAC. Por aplicación de estos preceptos, al no existir ni terceros interesados ni un interés público que aconseje la continuación del procedimiento, procede aceptar el desistimiento.

6.4.7 Recurso contra acuerdo de archivo.

Resolución de 10.4.1996, Expte. R 146/96, Marcaciones abreviadas Telefónica.

La Resolución rechazó la objeción de uno de los interesados acerca de que el archivo del Servicio era un acto no recurrible por considerar que el archivo no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento porque éste no ha llegado a iniciarse. El Tribunal entendió que esa interpretación del artículo 47 LDC no era exacta, ya que en ese punto es un trasunto del artículo 113.1 LPA de 1958, cuya doctrina es que los actos administrativos definitivos son siempre recurribles y el archivo es un acto definitivo que pone fin al procedimiento de información reservada denegando la apertura del procedimiento sancionador. En consecuencia, aunque no lo dijera la LDC, sería recurrible por aplicación de las normas generales que rigen la actividad administrativa.

Resolución de 27.12.1996, Expte. r 165/96, Funerarias Madrid-3.

Según esta Resolución los recursos contra el archivo de las actuaciones realizadas al amparo del artículo 36.2 LDC han de

resolverse limitándose a decidir si resulta acertada la decisión del Servicio de no abrir expediente porque los datos de que disponía eran suficientes para afirmar que no hay indicios racionales de conductas que vulneren algunas de las prohibiciones incluidas en la LDC.

6.4.8 Obligación del Servicio de incoar un expediente cuando así lo interesa el Tribunal.

Resolución de 23.7.1996, Exptes. R 154/96, R 157/96 y C 21/95, Cablevisión.

La Resolución consideró que, cuando el Tribunal interesa la instrucción de un expediente, el Servicio tiene la obligación de incoarlo y no puede tratar el interesamiento del Tribunal como una simple denuncia de un particular o como una petición que le pudiera llegar de otro órgano de la Administración. En consecuencia, la incoación del expediente debe realizarse necesariamente y de manera inmediata. El Tribunal aclaró en esta Resolución que el objeto del interesamiento ha de ser exclusivamente la apertura del expediente, ya que el TDC no interfiere en el modo de realizar la instrucción, ni ordena la formulación de un pliego de concreción de hechos, ni establece cuál haya de ser la forma en la que el Servicio termine el expediente.

6.4.9 El Pliego de Concreción de Hechos no precisa ser notificado al denunciante.

Resolución de 30.7.1996, Expte. R 149/96, Petrodis.

En la Resolución se consideró que no existía indefensión por el hecho de que el Pliego de Concreción de Hechos no hubiera sido notificado al denunciante, pues el artículo 37.1 LDC dispone que el Pliego ha de ser notificado a los presuntos infractores y ello no produce indefensión al denunciante que, como interesado, puede proponer pruebas y formular alegaciones a lo largo de la tramitación del expediente.

6.4.10 Solicitud de autorización instada por una parte de los participantes.

Resolución de 30.7.1996, Expte. R 161/96, Desmotadoras Algodón.

En la Resolución se señala que en el procedimiento de autorización de acuerdos el hecho de que algunas empresas signatarias se opongan a la solicitud de autorización singular no es motivo para la no tramitación del expediente. El artículo 4 del R.D. 157/1992 permite que la solicitud de autorización singular sea presentada por alguna de las empresas participantes, no necesariamente por todas, aunque con la obligación de acreditar que se ha informado a las demás.

6.4.11 Recurso contra acto presunto del Servicio de no proponer medidas cautelares.

Resolución de 28.10.1996, Expte. r 168/96, Tabacos Canarias.

En la Resolución se declaró que el recurso interpuesto contra el acto presunto del SDC consistente en no tomar en consideración medidas cautelares, quedaba privado de objeto al haber propuesto el Servicio, con posterioridad a la interposición del recurso, la adopción de tales medidas cautelares.

6.4.12 Derechos de defensa.

Resolución de 4.11.1996, Expte. r 169/96, Unión de Explosivos.

La Resolución aclara que en el procedimiento administrativo sancionador, como es el regulado en los artículos 36 y siguientes LDC, los derechos de defensa, así como el resto de los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, deben ser respetados. Ello no obstante, los derechos de defensa en el procedimiento administrativo sancionador no tienen un alcance absoluto.

Sostiene la Resolución que el artículo 33.1 LDC prevé entre las facultades del Servicio la investigadora que el artículo 34 LDC extiende a la domiciliación con el consentimiento de los ocupantes o

con mandamiento judicial de acuerdo con el artículo 33.2 LDC. En cualquier caso no debe causarse indefensión debiendo respetarse el resto de garantías constitucionales.

6.4.13 Recurso contra acuerdo de inadmisión de denuncia.

Resolución de 17.12.1996, Expte. r 176/96, Prestaciones Penitenciarias.

En la Resolución se consideró que el recurso que existe contra un Acuerdo de inadmisión de una denuncia es el recurso ante el Tribunal que se regula en el artículo 47 LDC. Se plantea la Resolución si la inadmisión de la denuncia es un acto de naturaleza distinta al de archivo de las actuaciones y si sólo cabe para el supuesto de denuncias de conductas de escasa importancia (artículo 1.3 LDC introducido por el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio) o también frente a todas aquéllas que de su simple lectura se deduzca que ni aparentemente supongan infracción de la LDC, para resolver que sea cual sea la conclusión a la que se llegue, el resultado será el mismo pues, tanto contra el acuerdo de archivo como contra el de inadmisión, el recurso que se interponga será el establecido en el artículo 47 LDC.

V. CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1. Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional.

Las Resoluciones que dicta el TDC tienen control jurisdiccional a través del recurso que contra las mismas se puede pedir ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria 5ª LDC. Dentro de la distribución de asuntos que tiene establecido aquella Sala, corresponde en concreto conocer de tales recursos a su Sección 6ª .

Durante el año 1996 la Audiencia Nacional ha dictado 14 Sentencias, confirmando en doce de ellas las Resoluciones dictadas por el Tribunal y revocándolas en dos.

El creciente número de Resoluciones que dicta el Tribunal se ha traducido en un incremento del número de recursos sometidos al pronunciamiento de la Audiencia Nacional, que en el año 1996 viene casi ha duplicado el número de las Sentencias dictadas en 1995.

En el año 1996 terminó la revisión jurisdiccional de las Resoluciones dictadas por el Tribunal en aplicación de la antigua Ley 110/1963 de Prácticas Restrictivas de la Competencia y comenzó la revisión de los expedientes resueltos en aplicación de la vigente Ley 16/1989.

Las Sentencias de 18.10.1996 y de 16.2.1996 han confirmado la Resolución del Tribunal de 1.12.1988 (Expte. 235/87, Prensa Dominical) por la que se declaraba la existencia de una práctica prohibida del artículo 1 de la Ley 110/1963 por diversas empresas editoras de periódicos por la fijación concertada de precio idéntico por ejemplar de los periódicos con suplemento dominical.

La Sentencia de 30.9.1996 confirmó la Resolución del Tribunal de 28.2.1989 (Expte. 239/88, Prensa del Corazón) por la que se declaraba la existencia de práctica prohibida cometida por diversas empresas editoras de las llamadas revistas del corazón por fijación concertada de precios.

Por Sentencia de 5.7.1996 la Audiencia Nacional confirmó la Resolución del Tribunal de 5.4.1991 (Expte. 263/90, Suministro vacunas veterinarias) por la

que se declaraba acreditada la existencia de una práctica prohibida del artículo 1.1 en relación con el artículo 3.a) de la Ley 110/1963, consistente en la oferta de precios idénticos previamente concertados en concursos convocados para el suministro de vacunas para su utilización veterinaria por el Ministerio de Agricultura.

La Sentencia de 16.9.1996 confirmó el sobreseimiento del expediente tal y como se desarrolla en la Resolución del Tribunal de 22.9.1994 (Expte. R88/94, MOBIL S.A.) por considerarse que había prescrito la infracción. El problema que se planteaba era el de qué legislación resultaba aplicable, si la Ley 110/1963 o la Ley 16/1989. Tanto el Tribunal como la Sala concluyeron que era la primera, que no recoge plazo expreso de prescripción, por lo que debe considerarse que opera el de dos meses previsto en el artículo 113 del anterior Código Penal.

Mediante tres Sentencias -una de 26.1.1996 y dos de 27.3.1996- la Audiencia Nacional resolvió otros tantos recursos de diferentes empresas contra un único acuerdo del Tribunal de 18.7.1992 (Expte. 294/91, Aceites), por el que se declaraba la existencia de una conducta prohibida consistente en un falseamiento sensible de la libre competencia por medio de actos de competencia desleal y afectación del interés público, mediante la participación como independientes en una subasta de empresas pertenecientes a un mismo grupo económico. Se declara también la existencia de acuerdos prohibidos realizados con la finalidad de impedir la libre competencia, consistentes en fijar precios y repartirse el mercado del aceite de oliva correspondiente a una subasta realizada por el SENPA. Se considera la existencia de acuerdo sobre precios, prohibida por el artículo 1.a) LDC y repartirse la fuente de aprovisionamiento del mercado del aceite de oliva (artículo 1.c LDC). Se consagra en esta Sentencia la validez de la prueba de presunción al considerarse acreditados suficientemente los hechos sobre los que las mismas se fundan y llegarse a una conclusión razonable.

La Sentencia de fecha 8.7.1996 confirmó la Resolución del Tribunal de 6.3.1992 (Expte. 306/91, Detergentes) por la que se declaró la existencia de una práctica concertada prohibida por el artículo 1.1 LDC. Esta práctica consistió en la sustitución de forma simultánea y en la misma fecha de los envases de 5 kg. de detergente en polvo para lavadora por otros de 4 kg. de detergentes concentrados con la indicación en el envase de ser equivalentes en la capacidad de lavado. Tales prácticas, llevadas a cabo por las principales empresas del sector que representaban dos tercios de las ventas totales estimadas, se consideró debidas a una práctica

conscientemente paralela consistente en el lanzamiento simultáneo de un producto bajo una nueva presentación con el objeto de disminuir el riesgo que supondría el lanzamiento por separado, así como el mayor coste de publicidad para informar a los consumidores de las características del nuevo producto. La Sala ha considerado que existieron reuniones del grupo de fabricantes del sector que, si bien no se consideran relevantes para la tipificación de la conducta, pusieron de manifiesto que la decisión de lanzar el envase de 4 kg. en una fecha determinada fue adoptada conscientemente y con conocimiento de que otras empresas lo harían.

Tres Sentencias de la Audiencia Nacional han confirmado las respectivas Resoluciones del Tribunal por las que se declara no probada la existencia de una infracción de la LDC. Por la primera, de fecha 7.6.1996, la Audiencia no entró a conocer del fondo del asunto al prosperar una causa de inadmisibilidad de la demanda alegada por el Abogado del Estado, estando pendiente de resolverse el recurso de casación por el Tribunal Supremo. El recurso se dirigía contra la Resolución del TDC, de 15.4.94, Expte. 335/93, Trip y Chevignon. Por Sentencia de 15.11.1996 se ha confirmado la Resolución del TDC de 2.11.1992, Expte. A 28/92, Seguridad Ceres- Unión Explosivos, precisándose en la revisión jurisdiccional que debía distinguirse entre el mercado de fabricación de explosivos y el de seguridad de las instalaciones de fabricación y distribución de explosivos, entendiéndose que el hecho de creación de filiales cuyo objeto social está relacionado con los servicios que precisa la matriz, no resulta el denunciado abuso de posición de dominio. La Sentencia de 29.11.1996 ha confirmado el Acuerdo del TDC de 3.3.1994, Expte. 340/93, Mercazaragoza, por la que se archivó la denuncia por aplicación de horarios discriminatorios al limitar las horas en que pueden celebrar ventas y expediciones determinados comerciantes mayoristas y asentadores. La Sala entendió que los lugares donde la empresa denunciada presta sus servicios son un mercado en el sentido físico del término, en el que existen unos compradores detallistas que pueden ver la oferta de los distintos puestos de asentadores, produciéndose así, en virtud de ese contacto, entre vendedores (mayoristas) y compradores una fijación de precios de forma unificada y convergente. La concentración de operaciones en un horario tiene así plena lógica, determinándose otro horario diferente para situaciones diferentes (la de los asentadores y quienes se encuentran situados en la zona de actividades complementarias).

La Sentencia de 3.6.1996 revoca la Resolución del TDC de 16.6.1993, Expte. 324/92, Artesanía de Toledo. La Sala consideró la existencia de los mismos hechos probados estimados por el Tribunal, relativos a la

organización de viajes turísticos a la ciudad de Toledo y al acuerdo existente entre varias empresas, y sostuvo que faltaba el requisito esencial de entre los establecidos en el artículo 1.1.a) LDC, al no haberse acreditado que el acuerdo enjuiciado tuviera la finalidad, produjera o pudiera producir, un impedimento, restricción o falseamiento de la competencia.

Por Sentencia de 2.12.1996 se revocó la Resolución del TDC de 6.9.1994 (Expte. 347/94, Beyena). En ella se resolvió la denuncia de un distribuidor de productos lácteos contra una empresa dedicada a la comercialización de leche en una provincia al estimar que desde una posición de dominio la denunciada discriminó al denunciante frente a sus competidores, pagándole menos por prestar idéntico servicio que aquéllos. La Sala entendió que existía una conducta prohibida por el artículo 1.1.d) en relación con el artículo 6.2.d) LDC consistente en la discriminación por parte de una empresa que ostenta posición de dominio al aplicar al denunciante condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. La Sentencia entiende además que, dada la redacción del artículo 46 LDC, podía declarar la existencia de una conducta prohibida y que los hechos denunciados eran constitutivos de una infracción, pero que la cesación de la práctica, la imposición de las sanciones y cualquiera otra medida prevista por la misma Ley, debían ser adoptadas por el TDC, por lo que la Audiencia se limitó a ordenar a éste que dicte una Resolución sancionadora.

2. Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo, por su Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, dictó cuatro Sentencias en fechas 26.12.1996, 30.12.1996 (dos de ellas) y 31.12.1996.

Todas estas Sentencias resuelven los correspondientes recursos que varias empresas interpusieron contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8.7.1991, por la que se declaraba acreditada la existencia de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1.1 en relación con el artículo 3.a) y b) de la Ley 110/1963, consistentes en la limitación de producción de huevos de incubar, pollitos de un día y pollos para engorde con la finalidad de ajustar la oferta a la demanda y lograr una elevación de los precios de los pollos para engorde y una estabilidad de los mismos al menos durante períodos semestrales; también en la celebración de reuniones semanales para intercambiar información comercial con vistas a la fijación anticipada de los precios de los pollos vivos para carne y en la coordinación y difusión de las actuaciones anteriores para conseguir su

mayor efectividad, y se proponía al Consejo de Ministros que se impusieran sanciones a las empresas. Al referirse todas a la Ley 110/1963, la Resolución del TDC correspondía revisarse en vía jurisdiccional por la Audiencia Nacional y la sanción impuesta por el Consejo de Ministros al Tribunal Supremo. Mas, dada la conexión entre ambas, en los supuestos que, como en el caso presente, se sancionan por el Consejo de Ministros, la Audiencia Nacional ha venido dictando Auto de remisión de las actuaciones al Tribunal Supremo y éste acordado su acumulación. En estos cuatro casos se resolvieron por el Tribunal Supremo los recursos contra la citada Resolución del Tribunal y las sanciones impuestas por el Consejo de Ministros.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26.12.1996 resuelve los recursos 720/92 y 491/95 acumulados.

Se había impugnado la Resolución del Tribunal de 8.7.1991 por la que se declaraba que la recurrente era responsable de prácticas prohibidas por el artículo 1.1 en relación con el artículo 3.a) de la Ley 110/1963 y proponía su sanción al Consejo de Ministros, que dio lugar al recurso 491/95 toda vez que, al producirse la sanción del Consejo de Ministros, la recurrente lo comunicó a la Audiencia Nacional ante quien pendía el recurso, quien por Auto de 8.3.1995 lo remitió al Tribunal Supremo a fin de que el recurso continuara en tramitación conjunta con el 7207/1992, y las Resoluciones del Consejo de Ministros de 2.8.1991 y 8.5.1992 por las que se imponía la sanción que dio lugar al recurso 720/92.

Pese a la oposición del Abogado del Estado, el Tribunal Supremo estimó que procedía dictar una única Sentencia al constituir la Resolución del Tribunal un antecedente de la sanción del Consejo de Ministros que también se impugnó.

La actora alegó caducidad del procedimiento del expediente referido del Tribunal invocando al efecto el artículo 26 del Decreto 422/1970, de 5 de febrero. Este precepto dispone que el Director del SDC elevará al Tribunal el expediente con el informe propuesta en el plazo de seis meses desde la fecha de su admisión a trámite, teniendo que estar justificada su eventual demora por causas ajenas a la misma instrucción. Además, la demandante alegó la aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo en favor de su pretensión de caducidad.

El Tribunal Supremo señaló al respecto que el artículo 99 de la Ley de Procedimiento Administrativo contempla la caducidad de los procedimientos

en función de la inactividad del interesado, pero el Decreto 422/70, de 5 de febrero, que es una norma especial de aplicación a los expedientes que incoa el Servicio, no establece ni regula la caducidad del procedimiento. No puede confundirse la caducidad del expediente por causas imputables al interesado, con la caducidad de los mismos por causas imputables a la Administración. Esta última supone que la actitud de la Administración sea obstaculizadora de la propia resolución del procedimiento. La caducidad por hecho imputable a la Administración debe ser entendida como instrumento que evite la pendencia indefinida del procedimiento administrativo sancionador por paralización de alguno de sus trámites. Ello lleva a distinguir dos conceptos distintos: duración máxima que debe tener un procedimiento y caducidad como causa de terminación del mismo. Ya el Tribunal Supremo en Sentencia de 15.3.1961 precisó que es irrelevante a los efectos de anulabilidad el que el expediente dure más de seis meses porque el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo considera este plazo únicamente como causa de poder exigir la responsabilidad por el retraso si no estuviese justificado. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19.12.1961 insistió en el mismo criterio al decir que la tardanza en resolver el expediente en modo alguno conduce por sí a la nulidad de lo actuado o a la caducidad del expediente mismo.

El plazo de seis meses que prevé el artículo 26 del Decreto 422/1970 para elevar el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia no puede aislarse del contexto de la Ley ni del Reglamento. Éste, en su artículo 28, informa a los interesados del derecho, y podría decirse que de la obligación, de reclamar en queja en todo momento contra los defectos de tramitación y en especial de los que supongan paralización de plazos con la consecuencia que de que la estimación de la queja pueda dar lugar a la incoación de expediente disciplinario contra el funcionario responsable de la infracción. Estos preceptos del reglamento están en concordancia con el artículo 61 Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

Por todo lo anterior, se rechazó la pretensión de que se declare la caducidad del expediente.

Analizando ya las conductas consideradas como infractoras, el Tribunal Supremo señaló que "la actividad infractora, en la materia que nos ocupa, puede ser cometida intencionadamente o por negligencia, que se da cuando el sujeto activo de la infracción actúa sin la debida precaución dentro del mercado de la actividad de que se trate, porque ello favorece la comisión de infracciones contra el derecho de la competencia", aunque en el caso examinado se aprecia claramente una conducta intencionada.

Frente al alegato de prescripción, el Tribunal Supremo precisó que en la demanda se habla de prescripción de la acción sancionadora. Ante esto es necesario señalar que "la prescripción opera bien por haber transcurrido el plazo señalado en la Ley desde la comisión del ilícito administrativo sin que se haya iniciado expediente sancionador, bien porque habiéndose iniciado tal expediente sin que el plazo de prescripción haya transcurrido, el procedimiento administrativo sancionador se paralizase durante dicho plazo". Después de analizar la fecha de iniciación del procedimiento y comprobar que el mismo no estuvo interrumpido, se rechaza la alegación de prescripción y, además, porque en vía administrativa la demandante sólo cuestionó el plazo de prescripción a efectos de haber transcurrido sin iniciar el procedimiento, añadiendo que las infracciones como la que ha determinado la sanción son infracciones continuadas y, aún después de iniciado el procedimiento, siguieron cometiéndose dichas infracciones.

Las otras sentencias contienen la misma doctrina toda vez que los recursos versan sobre el mismo supuesto y las alegaciones de las partes son similares.

VI. CONCENTRACIONES ECONÓMICAS.

En el año 1996 el Servicio estudió veintitrés expedientes de notificación voluntaria de operaciones de concentración económica de los cuales el Ministro de Economía y Hacienda sólo remitió dos al Tribunal para su dictamen.

Sin embargo, el Tribunal dictaminó tres expedientes, de los cuales dos habían sido remitidos a finales del año 1995, habiéndose producido un desistimiento.

1. Expedientes recibidos a finales del año 1995 y resueltos en el año 1996

Las operaciones de concentración C 20/95 Plasgom-Elf Atochem y C 21/95 Cablevisión se encontraban en tramitación al iniciarse el año 1996.

Concentración C 20/95, Plasgom-Elf Atochem.

La operación consistía en la toma de control de la sociedad española Plasgom S.A. (Plasgom), por parte de la sociedad española Elf Atochem España S.A. (Elf).

El Tribunal consideró que, desde la perspectiva de la producción y de la comercialización, el mercado relevante de producto sobre el que podía tener efectos la operación de concentración era el de los compuestos PVC plastificados y rígidos y que, aunque desde el punto de vista de la producción el mercado geográfico relevante era el europeo, desde el punto de vista de la comercialización del producto el mercado de referencia era el español. El carácter local de la actividad de las partes y la falta de relevancia de la operación desde el punto de vista del mercado europeo aconsejaron definir el mercado español como mercado geográfico relevante para analizar los efectos sobre la competencia de esta operación de concentración.

Dicha operación reforzaba el poder de mercado de la empresa adquirente, Elf, en el mercado relevante definido. Sin embargo, de la estructura y características de este mercado se derivan un conjunto

de factores que contrarrestan el poder de dominio real que un operador puede ejercer sobre el mercado (el mercado español se encuentra integrado en el europeo y la competencia internacional es muy activa). Además, del análisis del mercado se deducía la práctica inexistencia de barreras de entrada, la presencia de operadores competitivos y la existencia de productos sustitutivos.

Todo ello llevó al Tribunal a la conclusión de que la toma de control de Plasmagom por Elf no suponía la existencia de efectos que pudiesen obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado español. En consecuencia, el Tribunal propuso al Gobierno condicionar la aprobación de la operación a que se modificase la cláusula de no competencia contenida en el contrato de compra-venta en el sentido de que su plazo no superase los tres años.

El Gobierno decidió no oponerse a la operación de concentración, por Acuerdo de Consejo de Ministros del día 12.4.1996 (O.M. de 31.5.1996, BOE 22.6.96).

Concentración C 21/95, Cablevisión.

En el mes de septiembre del año 1995 Antena 3 de Televisión S.A. (Antena 3) presentó denuncia ante el Servicio y ante la Comisión Europea contra Telefónica de España S.A. (Telefónica) y Canal Plus España S.A. (Canal Plus) por colusión y abuso de posición dominante, basados en la firma de un acuerdo estratégico para operar conjuntamente en el sector de las telecomunicaciones por cable.

El Servicio acordó la instrucción de una información reservada y requirió información de las empresas firmantes del acuerdo. Asimismo, la Dirección General IV de la Comisión Europea solicitó de las denunciadas diversas informaciones.

A la vista de estos hechos, Telefónica, Canal Plus y Sogecable S. A. (Sogecable) presentaron, el día 26.10.1995, una notificación voluntaria de una operación de concentración realizada el día 26.7.1995, consistente en la adquisición del control conjunto de Cablevisión, una sociedad anónima constituida en el año 1992.

El Servicio estudió la notificación presentada y elevó propuesta al Ministro de Economía y Hacienda para que ordenara la remisión del

expediente al Tribunal para su dictamen, por considerar que podía obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado español de las telecomunicaciones por cable, el cual así lo hizo.

El día 14.12.1995 las empresas Jerez de Cable S. A. y Santander de Cable S. A. denunciaron a Telefónica y Canal Plus por haber suscrito un acuerdo estratégico restrictivo de la competencia y, además, a Telefónica por abuso de posición dominante, porque consideraban que al prestar el servicio de televisión local por cable se infringía el contrato celebrado por ella con el Estado el 29.11.1991.

Tras analizar la naturaleza de la operación, el Tribunal consideró mayoritariamente que la operación notificada, aunque presentaba importantes elementos concentrativos, no constituía una operación de concentración económica desde la perspectiva de la legislación nacional de competencia. Se trataba de una alianza estratégica de carácter cooperativo sometida a la normativa sobre acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia.

Por otra parte, el Director General de la Competencia de la Unión Europea comunicó a las empresas notificantes y al Tribunal que los servicios de la Comisión Europea habían llegado a las siguientes conclusiones: en primer lugar, que la puesta en operación de Cablevisión, para prestación de servicios técnicos, administrativos y comerciales a los operadores de cable, fundamentalmente en el campo de la televisión por cable, constituía una concentración económica de dimensión comunitaria; y, en segundo lugar, que el acuerdo estratégico firmado entre Telefónica y Sogecable/Canal Plus podía quedar separado de la operación de concentración relativa a Cablevisión y ser analizado, en su momento, desde la perspectiva de los artículos 85 y 86 del Tratado de la Unión Europea.

Apreciada la falta de competencia del Gobierno para resolver sobre la operación notificada, tanto si se consideraba un acuerdo de tipo cooperativo, porque en este caso la decisión le correspondería al Tribunal, como si se consideraba un acuerdo de tipo concentrativo, porque entonces, al tener la operación dimensión comunitaria, la decisión correspondería a la Comisión Europea, el Tribunal consideró tres posibilidades: en primer lugar, plantear un conflicto de competencias al Gobierno; en segundo lugar, no evacuar el dictamen

sobre la operación de concentración y dejar que siguieran su curso las denuncias presentadas por Antena 3, Jerez de Cable y Santander de Cable; y, por último, elevar un Informe al Gobierno dando cuenta de la situación.

Finalmente el Tribunal resolvió:

Primero.- Elevar un Informe al Ministro de Economía y Hacienda para su remisión al Gobierno, en el que se exponían las siguientes conclusiones:

- a)** El Tribunal consideraba mayoritariamente que la operación, aunque tenía importantes elementos concentrativos, no constituía una operación de concentración económica desde la perspectiva de la LDC.
- b)** Teniendo en cuenta que los Servicios de la Comisión Europea habían comunicado que la operación comprendía, entre otros acuerdos, una operación de concentración económica que podría resultar de dimensión comunitaria, el Tribunal consideraba que el Gobierno no debería pronunciarse sobre la misma hasta tanto no recayera una decisión formal de la Comisión Europea sobre la dimensión comunitaria o nacional de la operación.
- c)** Si la Comisión decidiera no intervenir por considerar que la operación de concentración no era de dimensión comunitaria, el Tribunal estimaba que, dado que con arreglo al Derecho español resulta imposible la separación de los aspectos concentrativos y cooperativos de una misma operación, el Gobierno debería ordenar al Servicio la incoación de expediente sancionador por dichos hechos.
- d)** El Tribunal consideraba, además, que los pactos notificados tendrían el efecto de dificultar la aparición en España de un competidor de Telefónica en el negocio del cable y cerrar el mercado a posibles competidores de Eurodec en el sector de los descodificadores, de Cablevisión en el de suministro de servicios a las operadoras de cable y de Canal Plus en el terreno de la programación, disminuyendo las posibilidades de elección de los consumidores y

aumentando los precios que tendrían que pagar por los servicios que en el futuro se presten a través del cable.

e) El Tribunal consideró que la operación, en los términos que había sido notificada, no podía ni debía ser autorizada.

En función de estos criterios el Tribunal recomendó al Gobierno, en primer lugar, que no se pronunciase sobre la operación hasta que, por la Comisión se adoptase una decisión formal sobre el tema; y, en segundo lugar, que, en el supuesto de que la Comisión considerara la operación como una concentración de dimensión comunitaria, solicitase la remisión del caso a la Autoridad Española para que se aplicase la legislación nacional de defensa de la competencia, dado que la operación obstaculizaría de manera significativa la competencia efectiva y reforzaría las posiciones de dominio existentes en el mercado español, que presenta todas las características de un mercado definido. Si esta solicitud no fuera aceptada por la Comisión, se podría presentar el correspondiente recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En todo caso, el Tribunal consideraba que, por razones de interés público, el Gobierno debería oponerse a la operación en los términos en que había sido notificada porque incluía importantes restricciones de la competencia en los mercados afectados que iban más allá de lo previsto por la Ley de Telecomunicaciones por Cable.

El Informe del Tribunal contenía tres votos particulares.

Segundo.- Dictar la Resolución de 26.2.1996 en la que se disponía interesar del Servicio la apertura del oportuno expediente sancionador a la vista de: las denuncias presentadas por Antena 3, Jerez de Cable y Santander de Cable contra el acuerdo estratégico suscrito por Telefónica y Canal Plus; los acuerdos suscritos por Telefónica con Iberdrola, que fueron notificados al Tribunal el 18.1.1996; y el contrato-tipo de Cablevisión, S.A. con los operadores de telecomunicaciones por cable, entregado al Tribunal el día 7.2.1996.

Por Orden Ministerial de 14.3.1996 (BOE 29.3.1996) se hizo público el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1.3.1996 por el que se aprobaba la operación de concentración subordinando la misma a la observancia de: condiciones relativas a la futura relación contractual entre Cablevisión y las Operadoras Locales de Telefónica (OLT); condiciones relativas a los acuerdos estratégicos y de accionistas entre Telefónica y Canal Plus de fecha 26.7.1996; condiciones relativas a Canal Plus; y condiciones relativas a Telefónica.

2. Expedientes recibidos y resueltos en el año 1996

Durante el año 1996 se recibieron en el Tribunal dos expedientes de concentración remitidos por el Servicio: la concentración C22/97, Hexcel-Hércules y la C23/96 Grace-La Artística.

Esta segunda operación que fue notificada al Servicio el día 3.6.1996 era un proyecto de concentración consistente en la adquisición de las acciones de La Artística Productos Químicos S.A. y la consiguiente toma de control por parte de Grace S.A. Sin embargo, cuando el expediente se estaba tramitando en el Tribunal se recibieron diversas comunicaciones haciendo saber que la concentración no iba a llevarse a cabo por cuanto el 67% de las acciones de La Artística Productos Químicos S.A. había sido vendido a un tercero ajeno al expediente.

En concreto, en el mes de septiembre de 1996 se recibieron comunicaciones de la propia sociedad cuyas acciones habían sido vendidas poniendo este dato en conocimiento del Tribunal, por lo que éste decidió aceptar el desistimiento del expediente.

Concentración C 22/96, Hexcel-Hércules.

La operación de concentración económica notificada consistía en el proyecto de adquisición por parte de la empresa norteamericana Hexcel Corporation, de la denominada División de Productos Compuestos (DPC) de la también estadounidense, Hércules Incorporated. La operación suponía la adquisición por parte de Hexcel de la totalidad del capital social de la entidad Hércules Aerospace España S.A. (HAESA), filial española del grupo Hércules, así como de los restantes activos mundiales de Hércules-DPC.

La operación había sido comunicada a las autoridades de defensa de la competencia de Bélgica, Italia, Suecia, Reino Unido, Estados Unidos y España.

Dicha operación tenía consecuencias directas sobre las aplicaciones finales de fibras de carbono y preimpregnados. En el mercado de las fibras de carbono español no se planteaba un problema de competencia ya que, en primer lugar, no existía superposición horizontal porque Hexcel no fabricaba ni vendía fibras de carbono en ningún lugar del mundo; y, en segundo lugar, no existía riesgo de superposición vertical porque, antes de la adquisición de Hércules-DPC, Hexcel no tenía ninguna fábrica en España compradora de fibras de carbono y las únicas ventas de fibras de carbono de Hércules-DPC en España eran a su propia fábrica HAESA.

El Tribunal llegó a las siguientes conclusiones: en primer lugar, se identificaba un producto relevante: los preimpregnados para usos aeroespaciales; en segundo lugar, el mercado geográfico relevante es mundial; en tercer lugar, la principal barrera de entrada, tanto en el mercado mundial como en España, estaba constituida por el proceso de calificación de los productos que requiere un período de tiempo (en torno a dos años) y un coste elevado, lo que supone que, si sólo existe un suministrador calificado, el cliente no puede cambiar de suministrador, para las especificaciones de que se trate, en dicho período de tiempo; en cuarto lugar, en España, la operación notificada afectaba fundamentalmente a la oferta de preimpregnados aeroespaciales calificados para las especificaciones que se emplean en la fabricación de estabilizadores horizontales correspondientes al programa Airbus; en quinto lugar, la empresa notificante, como resultado de la concentración, pasaría a convertirse en proveedor único, por lo menos en el corto plazo, de un porcentaje particularmente elevado de las compras de preimpregnados de su único cliente en España; en sexto lugar, los proveedores de preimpregnados para usos aeroespaciales se enfrentan al elevado poder de negociación de los clientes; y, por último, la operación de concentración tenía efectos positivos al permitir mejoras en los sistemas de producción y reforzar la competitividad de la industria aeroespacial española.

Por todo ello, el Tribunal, teniendo en cuenta los efectos restrictivos de la competencia que podría causar la operación notificada y tras valorar los elementos compensatorios de las restricciones que se

apreciaban, dictaminó que resultaba adecuado subordinar su aprobación a la observación de las siguientes condiciones:

1. Que Hexcel garantizase contractualmente durante al menos tres años el suministro a su principal cliente en condiciones de mercado.
2. El compromiso por parte de Hexcel de mantener la producción de preimpregnados en la fábrica adquirida, situada en Parla (Madrid) durante un plazo no inferior a 3 años.

El Gobierno adoptó plenamente el dictamen del Tribunal por Acuerdo de Consejo de Ministros de 27.12.1996, publicado por Orden de 20.1.1997 (BOE 7.2.97).

VII. INFORMES SOBRE LA APERTURA DE GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES.

La actividad consultiva del Tribunal ha tenido en el año 1996 un considerable incremento debido a las previsiones de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM). En efecto, una de las novedades más importantes de la LOCM ha sido la regulación del régimen de instalación de los grandes establecimientos comerciales, con el sometimiento a una licencia comercial específica cuyo otorgamiento corresponde a la Administración Autonómica.

Ello supone que se trata de introducir por primera vez en la legislación del Estado la también denominada segunda licencia, sistema tomado de la legislación francesa y existente en todos los países mediterráneos de la Unión Europea, y también en Bélgica, que ya había sido adoptado por todas las Comunidades Autónomas con competencia normativa. El sistema ha sido justificado por considerar que la apertura de un gran establecimiento comercial produce efectos importantes para el comercio tradicional y con trascendencia más allá del propio municipio en el que se ubica, por lo que debe quedar sometido no sólo a licencia municipal, sino también a la autorización de una administración de ámbito territorial supramunicipal.

El artículo 6 LOCM en su número 1 somete la apertura de los grandes establecimientos comerciales a una autorización específica que corresponde a la Administración Autonómica, mientras que el número 2 dispone que la licencia se concederá teniendo en cuenta la existencia o no de un equipamiento comercial adecuado en la zona afectada por el nuevo establecimiento, así como los efectos que pueda ejercer sobre la estructura comercial de la zona.

Con carácter de norma básica, el artículo 6.2 LOCM también dispone que el expediente de autorización de las grandes superficies comerciales incorporará un informe preceptivo pero no vinculante del TDC. Tal previsión constituye una novedad respecto de lo previsto en las legislaciones autonómicas en las que se exigía la segunda licencia.

El ejercicio de la función consultiva del Tribunal en el año 1996 se ha visto fuertemente incrementado al haberle sido sometidos a informe cincuenta y dos expedientes de instalación de grandes establecimientos comerciales, de los que cuarenta y tres han sido finalizados en dicho año. De entre éstos,

treinta han concluido mediante la emisión del correspondiente informe favorable, algunos de ellos con objeciones. En once ocasiones el Tribunal ha considerado que no correspondía dicha emisión por la razón esencial de la falta de datos. Y en dos supuestos se ha producido el desistimiento del expediente o su sustitución por otro nuevo. Casi todos los informes solicitados tuvieron entrada en el Tribunal durante el segundo semestre del año.

El mayor número de expedientes correspondió a la Comunidad de Madrid (once), seguida del País Vasco (nueve), Comunidad Valenciana (nueve), Cataluña (siete), Castilla-La Mancha (cinco), Aragón (tres), Asturias (dos), Castilla y León (dos), Galicia (dos), Andalucía (uno) y Canarias (uno). No hubo ningún expediente procedente de las Comunidades Autónomas de Baleares, Cantabria, Extremadura, Murcia, Navarra y La Rioja.

La legislación específica no establece un plazo concreto distinto del general de 10 días del artículo 83.2 de la Ley 30/1992. Como dicho plazo resulta insuficiente tanto para que las autoridades autonómicas puedan facilitar los datos necesarios para fundamentar el informe como para que el Tribunal pueda elaborarlo, el Tribunal, de acuerdo con las autoridades autonómicas, establece que el plazo de referencia debe ser el de tres meses, en consonancia con el plazo establecido para emitir el oportuno informe en los expedientes de concentraciones económicas.

Sobre el contenido de los informes emitidos hay que señalar, ante todo, que el Tribunal debe limitarse a analizar los efectos del nuevo establecimiento sobre la libre competencia. Por esta razón resulta lógico que la mayoría de los informes hayan resultado favorables ya que, en principio, a mayor número de establecimientos habrá mayor competencia con las dos excepciones que se recogen a continuación.

En primer lugar, que la solicitud se refiera a la apertura de un establecimiento en una zona en la que existan de forma exclusiva o con presencia hegemónica otros establecimientos de la misma empresa. En ese supuesto, los informes señalan que existe el peligro de que se refuerce la posición de dominio de la empresa presente en el mercado, lo que supondrá un riesgo mayor que podría dar lugar a abusos de dicha posición de dominio.

En segundo lugar, si en el análisis del expediente se detecta que el proyecto cuenta con la obtención de ayudas públicas para los promotores resultaría que éstas serían restrictivas para la competencia por cuanto situarían a los

beneficiarios de tales ayudas en una situación más ventajosa que la de sus competidores.

También se hacen constar en los Informes las restantes circunstancias que constan en los expedientes y que pueden resultar restrictivas de la competencia. A título de ejemplo, puede citarse la prioridad para establecerse en los locales o en las tiendas adyacentes a un hipermercado para los comerciantes de determinada localidad, o cualesquiera otras cuyos efectos resulten restrictivos. Si tales circunstancias tuvieran la suficiente entidad, justificarían la emisión de un informe contrario a la apertura del establecimiento. Sin embargo, tal circunstancia no ha tenido lugar en los informes realizados en el año 1996.

El primero de los informes ha sido emitido en el expediente GS 3/96 (Eroski/Mondragón) y en el mismo, tras considerarse los antecedentes, el marco legal, los datos del solicitante y las características del proyecto, se analizaron las consecuencias de la implantación en las condiciones de competencia. En relación con estas cuestiones, en el Informe se incluye un párrafo que, en términos similares, se repite en la mayor parte de los informes emitidos en el año 1996. Dice el párrafo, en esencia: desde la perspectiva de la competencia, los efectos y las consecuencias de la instalación de una gran superficie que conviene analizar son: el incremento o la disminución de la competencia a medio y largo plazo, los flujos comerciales, los costes medios soportados por los minoristas, su traslación a los precios de venta al público, la cantidad y la calidad de los bienes y servicios ofrecidos a los consumidores y la ampliación o disminución de su capacidad de elección.

En el apartado relativo al análisis de los flujos comerciales se analizan efectos tales como la creación y el posible reforzamiento de una cabecera comercial, la ampliación de su zona de influencia, la recuperación del gasto evadido y la captación de demanda de otros operadores establecidos en el mercado geográfico afectado.

En cuanto al resto de los extremos analizados, se considera que las grandes empresas titulares de hipermercados disponen de una capacidad de compra mayor y más uniforme que el comercio tradicional, lo cual les permite obtener mejores condiciones de compra, al tiempo que sus gastos de intermediación por unidad vendida suelen ser inferiores gracias a sus logros de eficiencia. Este hecho conduce a la conclusión de que los mayores márgenes comerciales conseguidos por la confluencia de estos dos extremos pueden, en mayor o menor medida, trasladarse a los

consumidores mediante una disminución de los precios o, alternativamente, pueden reflejarse en los márgenes de explotación según sean las condiciones de la competencia.

Por último, los apartados relativos a la calidad y cantidad de la oferta y la ampliación de la capacidad de elección son analizados desde una óptica general, en el sentido de afirmar que cualquier nuevo establecimiento supone que "en ausencia de condiciones excepcionales, todo incremento de la capacidad de oferta de bienes y servicios ofrecidos para la satisfacción de las necesidades del consumidor" conduce a la ampliación de la posibilidad de elección.

Dada la similitud de la estructura de los expedientes analizados y de los problemas sometidos a examen, los informes emitidos inciden, en general, en los mismos aspectos. De ello pueden obtenerse dos consecuencias: en primer lugar, que los informes del Tribunal se han limitado exclusivamente a analizar los efectos que la apertura de los grandes establecimientos comerciales tienen sobre la competencia, dejando al margen otras consideraciones tales como las relativas a la existencia o no de un equipamiento comercial adecuado en la zona y los efectos sobre la estructura comercial, aspectos éstos que son los que han de fundamentar el otorgamiento de la licencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6.2 LOCM; y, en segundo lugar, que la determinación de los efectos sobre la competencia de la apertura de un gran establecimiento comercial supone siempre un ejercicio cargado de incertidumbre dado que en el expediente ni constan ni pueden constar los datos que serían esenciales para hacer un diagnóstico más preciso. Así sucede con los niveles de precios del resto del comercio de la zona afectada que constituyen una referencia fundamental en cualquier análisis relacionado con los mercados, pero que resultan totalmente desconocidos. En consecuencia, las conclusiones que se establecen en estos informes suelen ser de carácter general y suponen un análisis de la competencia muy limitado.

Por ello, la necesaria generalidad de los informes del Tribunal, al menos en este primer año, ha supuesto poco más que una valoración genérica sobre el efecto beneficioso de la liberalización en el comercio interior. No podría ser de otra forma dada la información que ha manejado el Tribunal. En cualquier caso, la realización de informes más detallados precisaría del conocimiento de los datos sobre los establecimientos presuntamente competidores. Sin embargo, tales datos se desconocen por ser datos que constituyen secreto de los negocios de quienes no son parte en el expediente. Sucede que, además, los informes se realizan, en general,

únicamente sobre la base de los datos y estimaciones que obran en cada expediente que muchas veces no han sido ni siquiera suficientemente contrastados con los disponibles en las Comunidades Autónomas.

En relación con las cuotas de mercado, en los expedientes figuran determinados datos acerca de la población a la que se va a dirigir la oferta, que acostumbra a dividirse en tres grupos, de acuerdo con el tiempo hipotético que los consumidores tardan en desplazarse al nuevo establecimiento (isocronas), oferta existente y volumen de gasto estimados por los solicitantes. Sin embargo, no es frecuente que tales datos estén debidamente valorados ni figuren en los expedientes las metodologías o los criterios técnicos utilizados.

Sin embargo, las consecuencias de la nueva apertura se reflejan en los informes de forma general, sin más que algunas limitadas concreciones, tales como la presunciones -lógicas en cualquier caso- de que la apertura de un nuevo establecimiento repercutirá más o menos significativamente en las ventas de los comercios establecidos en la zona y en mejores condiciones para los consumidores; es decir, en un incremento de la competencia.

Mayor concreción tiene lugar cuando existe el riesgo o la certeza de que el nuevo establecimiento pertenezca a una de las empresas o grupo de empresas que ya se encuentra implantado en la zona. Puede señalarse, por ejemplo, la manifestación contenida en el informe de 17.5.1996, recaído en el expediente GS 1/96 (Parque Astur). En este expediente se ignoraba cuál era la enseña del nuevo establecimiento. Por esta razón se señaló en el informe que sería preferible que el nuevo gran establecimiento no coincidiera con alguno de los escasos existentes en la zona.

Las objeciones del Tribunal a la instalación de grandes establecimientos de la misma cadena están reflejadas en el informe de 23.7.1996 (GS 5/96 Leioa/Vizcaya) cuando se especifica: "La presencia de un nuevo operador tiende, en principio, a favorecer la competencia. Sin embargo, las condiciones de competencia son diferentes si las grandes superficies establecidas en una zona geográfica pertenecen al mismo o a diferente grupo de empresas, puesto que la estrategia entre empresas de diferentes grupos será la de captar a los clientes de los competidores, mientras que las de un grupo de empresas consiste normalmente en ofrecer las mismas condiciones de venta en todos los establecimientos del mismo tipo, tener en cuenta el daño que, con una estrategia agresiva en un tipo de establecimientos, puede infligir a los establecimientos de otro tipo de su

propio grupo y tratar de obtener el mayor beneficio global". Como consecuencia de estos argumentos ha considerado el Tribunal que "la apertura de hipermercados pertenecientes a empresas que carecen de presencia en un mercado geográfico produce efectos más positivos, desde la perspectiva de la competencia, y será por ello preferible a la duplicación de uno existente".

El mismo fundamento inspira el informe emitido en el expediente de 2.10.1996 GS 23/96 (Alcampo/Fuenlabrada) relacionado con la solicitud de apertura de un nuevo establecimiento separado de otro establecimiento preexistente por una distancia de un kilómetro. En el mismo se especifica que: "En opinión del Tribunal, los efectos beneficiosos de la competencia se intensificarán si se procede a la apertura de ambos hipermercados y las empresas titulares de los mismos pertenecen a distintos grupos empresariales".

En el informe de fecha 15.10.1996 que recayó en el expediente GS 15/96 (Calabarda S. L.) el Tribunal consideró que si en Alicante se instalara otro establecimiento de la cadena Pryca "los efectos estimulantes sobre la competencia serían menores, máxime dado el aumento de poder de mercado que se produciría". Y en el último informe del año, de 27.12.1996, en el expediente GS 34/96 (Irco/Almería) el Tribunal consideró que no resultaba conveniente, en este caso, que se otorgara la licencia a alguna de las empresas que ya disponía de un hipermercado en la zona.

De todo lo anteriormente expuesto se deduce que los informes del Tribunal han puesto reiteradamente el acento en el hecho de que no se produzca una concentración elevada en una zona determinada de hipermercados pertenecientes a la misma empresa o al mismo grupo de empresas. Tal actitud se apoya en el hecho de que los efectos positivos para la competencia son siempre mayores si quien se instala pertenece a un grupo diferente de los ya instalados.

Otro de los aspectos que el Tribunal ha entrado a considerar es el relativo a la posible financiación pública del proyecto, la existencia de compensaciones urbanísticas o financieras a los Ayuntamientos procedentes de convenios urbanísticos o bien, como resulta frecuente, a acuerdos con los Ayuntamientos y asociaciones de comerciantes de la zona con la finalidad de dar prioridad para la instalación en las posibles galerías comerciales o en los puestos de trabajo a los comerciantes ya establecidos o a los trabajadores residentes en la zona.

Como ejemplo de este tipo de objeciones, en el informe emitido en el expediente GS 1/96, anteriormente citado, se recuerdan las opiniones del propio Tribunal contenidas en su informe Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño producido por los monopolios acerca de las compensaciones urbanísticas o financieras de las grandes superficies a los Ayuntamientos que, aún siendo legales de acuerdo con la normativa urbanística en vigor, perturban las condiciones de competencia entre los promotores y constituyen un medio inadecuado de financiación municipal. En el mismo informe se señalan igualmente los inconvenientes de los convenios para conceder preferencia para el acceso a los locales instalados en el centro comercial o a los puestos de trabajo por razones de proximidad geográfica.

Por lo que respecta a la existencia de financiación pública, en el primer informe emitido (GS 3/96 Eroski/Mondragón) se incluyó una frase que se ha reiterado en informes posteriores acerca de que en el proyecto no consta que la empresa solicitante resulte beneficiada por alguna subvención o financiación privilegiada.

Por lo que se refiere a la cuestión de si requieren informe los expedientes de apertura de los centros comerciales, que algunas Comunidades Autónomas han incluido en la segunda licencia, entiende el Tribunal que no procede el informe de los mismos. En efecto, la LOCM prevé que el concepto de establecimiento es dentro de los varios que utiliza la legislación mercantil, el equivalente a "tienda", local, o comercio de un solo titular, por lo que la exigencia del informe preceptivo del Tribunal se debe limitar, por tanto, a la solicitud de instalación de grandes superficies de este tipo. Los centros comerciales y demás agrupaciones comerciales colectivas de grandes y/o pequeños establecimientos, más que un solo establecimiento, constituyen un conjunto de comercios de diferente titularidad y régimen, cuya superficie no cabe sumar para llegar al mínimo que habría que considerar como gran establecimiento comercial.

Por otra parte, para reforzar la posición del Tribunal acerca de no emitir informes que fueran más allá de los efectos que la apertura tiene para la competencia, resulta significativo el contenido del informe de 30.7.1996 recaído en el expediente GS 6/96 (Inmomerca/Andorra). En este expediente se tenía presente el contenido del Plan General para el Equipamiento Comercial en Aragón, aprobado por Decreto de 7.6.1994, en el que se establecen la localización y dimensión de los establecimientos comerciales a instalar en el territorio aragonés. En el anexo correspondiente a dicho Plan se determina que en Andorra se podría autorizar un establecimiento tipo

supermercado, dotado de una superficie máxima de venta de 750 metros cuadrados, cifra que era inferior a la del proyecto sobre el que se solicitaba el informe. El Tribunal recuerda en ese punto el informe que emitió en fecha 25.7.1995 a solicitud del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el que se consideraba que el contenido del Plan suponía un esquema absolutamente contrario a la libre competencia entre potenciales inversores en equipamientos comerciales y emitió un informe favorable, desde el punto de vista de la libre competencia, a la instalación de la gran superficie que, como queda expuesto, vulneraba las disposiciones contenidas en el Plan de la Comunidad Autónoma.

De este hecho se deduce que el Tribunal no ha analizado los aspectos relativos a la adecuación o no del proyecto a la normativa vigente, sino que se ha limitado a analizar los efectos sobre la competencia, con independencia de lo que podría derivarse de la aplicación de unas normas planificadoras que son precisamente contrarias a la competencia.

En los otros dos informes emitidos a solicitud de la Diputación General de Aragón (GS 33/96 Mercadona/Alcañiz y GS 41/96 Inmomerca/Sabiñánigo) concurría la misma circunstancia: la superficie prevista en el proyecto sometido a informe superaba la establecida en el Plan. A pesar de ello, el Tribunal emitió sus informes favorables a la instalación por considerar que la apertura tendría efectos beneficiosos para la competencia.

En síntesis, el Tribunal se ha enfrentado a un conjunto de problemas para la emisión de los informes previstos en la LOCM que son, en buena medida, derivados del hecho de que su informe constituye un cuerpo extraño en un expediente de autorización de apertura de grandes establecimientos, además de la falta de concreción de la Ley. En efecto, en dichos expedientes se han mezclado principios propios del derecho urbanístico con contenidos diferentes, tales como los relativos a los efectos sobre la competencia, que han de constituir el contenido del informe del Tribunal. Ha sido el propio Tribunal el que ha tenido que resolver, al informar, algunos de estos problemas, como los relativos al plazo para la emisión, o al contenido de sus informes, o bien a los supuestos en los que debían ser emitidos éstos y en cuáles no, y los relativos a la falta y a la calidad de los datos disponibles. Todo ello ha ido creando un cuerpo doctrinal que ha de servir de pauta para el futuro.

Ahora bien, existe un problema que hasta el momento no ha tenido solución porque se deduce de la incompatibilidad del informe del Tribunal con el expediente de licencia de apertura, que es objetivo y no personal. Ese

inconveniente es el de la imposibilidad de analizar cuáles son los efectos sobre la libre competencia sin conocer cuál es el establecimiento que se va a instalar. Ante esta situación, el Tribunal está optando por no emitir el informe hasta que se conozca la empresa que ha de ocupar los locales.

Otros datos relevantes que suelen faltar en las solicitudes de informes son los relativos al capital de la empresa, el grupo al que pertenece, su composición e implantación en la zona de influencia, la financiación de la inversión, así como los relativos a la oferta comercial en la zona afectada y no sólo la de grandes superficies. Tales datos son imprescindibles para analizar el impacto de la posible posición de dominio o mayor poder de mercado a nivel local y comarcal.

Por último, hay que señalar, como lógica conclusión general del primer año de experiencia en la solicitud y elaboración de los informes del Tribunal, que resulta conveniente profundizar más en el contenido de los mismos, partiendo de una mayor colaboración con las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, la conclusión más importante de este análisis de la nueva actividad del Tribunal en el régimen de instalación de grandes establecimientos comerciales es que muchas Comunidades Autónomas están imponiendo moratorias en la concesión de las licencias comerciales específicas que, sumadas a los planes de equipamiento comercial, pueden suponer restricciones a la competencia como barreras de entrada a la actividad, conclusión sobre la que ya había advertido el Tribunal reiteradamente.

VIII. ACTIVIDAD CONSULTIVA Y DE PROPUESTA.

El Tribunal lleva a cabo, además de las funciones expuestas en los apartados anteriores, una labor consultiva y de propuesta en los términos que establecen los artículos 26 y 2 LDC. Esta labor ha cristalizado en tres Informes dirigidos al Gobierno en los años 1992, 1993 y 1995. Dicha actividad adquiere una gran relevancia ya que no existe en el esquema de la Administración Pública española un organismo ad hoc que tenga atribuida la competencia en materia de desregulación, como ocurre en otros países de nuestro entorno. En los Informes titulados "El libre ejercicio de las profesiones", "Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios", y "La Competencia en España: balance y nuevas propuestas" se ha desarrollado dicha función consultora, frenada en el año 1996 como consecuencia del desequilibrio entre las obligaciones inmediatas del Tribunal a las que éste no puede ni debe renunciar y la escasa dotación de recursos en relación con las necesidades para cumplir tan necesaria función consultiva. En todos los casos citados se trataba de analizar sectores, mercados y actividades, en los que, en opinión del Tribunal, no existía competencia o se detectaban importantes restricciones a la misma amparados por normas legales.

Adicionalmente, el Tribunal puede ser consultado por el Gobierno o cualquiera de los Departamentos Ministeriales, por el Poder Judicial, por las Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales, y Organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores y usuarios en relación con cuestiones generales que afecten a la libre competencia.

En sus Informes el Tribunal no se pronuncia sobre casos concretos que podrían sustanciarse por la vía de un expediente sancionador o, en su caso, de autorización singular, ya que lo contrario supondría prejuzgar, lo que implicaría, en consecuencia, una vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por último, el Tribunal debe informar preceptivamente los anteproyectos, proyectos o proposiciones de Ley que afecten a la competencia.

1. Informes solicitados por el poder judicial.

- I 29/96. Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Barcelona (menor cuantía 596/95). Informe acerca de si la actuación de Granja Castelló S.A. constituye un acto de libre competencia y no de competencia desleal.
- I 32/96. Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Paterna (menor cuantía 153/96). Doble financiación televisiones públicas (SGAE c/ TV Valenciana).

2. Otros informes.

2.1. Comisión de Subsecretarios y Consejo de Ministros.

Proyecto de Real Decreto que aprueba el Reglamento para el procedimiento de certificación de los equipos de Telecomunicación a que se refiere el artículo 29 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones.

2.2. Artículos 2 y 26 LDC.

- I 27/96. Asociación de Agencias de Fasa Renault. Zona Norte. Distribución de vehículos automóviles.
- I 28/96. Federación Empresarial de la Industria Eléctrica. Uso del gas natural en la generación de energía eléctrica.
- s/n. Ayuntamiento de Lleida. Informe acerca de si el artículo 12 del Reglamento de Mercados Municipales de Lleida es contrario a la libre competencia.
- I 30/96. Asociación Provincial de Promotores de Viviendas de Alicante (PROVIA). Informe sobre la remuneración de los profesionales relacionados con la construcción de viviendas.

I 31/96. Asociación de Usuarios de la Comunicación. Libre competencia y los derechos de radiodifusión de los partidos de fútbol de España.

2.3. Varios.

- Dirección General de Tributos. Proyecto de Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.
- Dirección General de Tributos. Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban las Normas para la actualización de Balances regulada en el artículo 5 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio.
- Gabinete del Secretario de Estado de Economía. Proyecto de Orden Ministerial por la que se regula la composición y funcionamiento de la Comisión Ministerial de Tecnología e Información y de las Comunicaciones del Ministerio de Economía y Hacienda.
- Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda. Proyecto de Decreto de la Junta de Extremadura sobre ayudas a la promoción industrial y apertura de mercados en el exterior de Extremadura para las PYME y Empresas de Economía Social.

IX. RELACIONES INSTITUCIONALES.

1. Relaciones internacionales

Durante el año 1996 el Tribunal ha continuado desarrollando unas sólidas relaciones institucionales con los representantes de la Comisión de las Comunidades Europeas encargados de la correcta aplicación de las normas comunitarias de la Política de Competencia, con Organismos internacionales y con las autoridades de competencia de otros países, fundamentalmente hispanoamericanos.

El día 16.1.1996 el Sr. Alexander Schaub, Director General de la D. G. IV de la Comisión, acompañado por el Sr. Jonathan Faull, Director de la Dirección A de la D. G. IV, visitaron el Tribunal. Posteriormente, el 26.1.1996, el Presidente del Tribunal, acompañado por un Vocal, viajaron a Bruselas.

El día 17.1.1996 el Tribunal recibió la visita de una misión del Fondo Monetario Internacional (FMI) que tenía por objeto discutir determinados temas a incluir en su informe anual sobre España. El FMI estaba interesado, fundamentalmente, en el proceso de liberalización que se estaba llevando a cabo en la economía española, el grado de participación que el Tribunal estaba teniendo en el mismo, mediante la elaboración de informes con recomendaciones de eliminación de normas restrictivas de la competencia, y el eco de las mismas. De forma más específica, el Fondo Monetario Internacional se interesó por las siguientes cuestiones: previsión que podía hacer el Tribunal de los efectos del paquete de medidas liberalizadoras propuestas por el Gobierno en mayo del año 1996; la evolución que estaba siguiendo el sector de la electricidad y la industria de las telecomunicaciones; y los avances conseguidos en la liberalización de los servicios.

El día 19.1.1996 el Presidente del Tribunal y un Vocal celebraron una reunión en París con el Presidente y con diversos miembros del Conseil de la Concurrence.

El día 11.3.1996 el TDC recibió la visita de una delegación de miembros del Parlamento mejicano.

Los días 12 al 15 de marzo el Presidente y el Vicepresidente del Tribunal visitaron la Superintendencia Delegada para la Promoción de la Competencia de Colombia donde celebraron diversas reuniones de trabajo e impartieron conferencias en la Universidad del Rosario (Bogotá) y en la Cámara de Comercio de Medellín.

Los días 27, 28 y 29 de marzo el Presidente del TDC visitó a las autoridades británicas de competencia y desregulación. Asimismo, visitó el Tesoro, la Oficina de Telecomunicaciones y Correos.

El día 20.6.1996 una delegación peruana de OSIPTEL visitó el Tribunal.

El día 16.11.1996 una funcionaria búlgara y otra eslovena llegaron al Tribunal para realizar una pasantía de dos semanas en el Tribunal.

El día 22.11.1996 una delegación del Organismo para la Promoción de la Competencia de Nicaragua visitó el Tribunal.

El día 19.12.1996 el Tribunal recibió a una misión de la OCDE con objeto de analizar algunos temas de interés para su informe anual sobre España. Se interesaron, al igual que la misión del FMI, por el proceso de liberalización de la economía española.

Por lo que se refiere a la asistencia de representantes del Tribunal a las reuniones que periódicamente se celebran en la Comisión Europea (Bruselas) y en la OCDE (París), se pueden destacar: la asistencia a la 47 Reunión de Expertos Gubernamentales de los Estados Miembros de la Unión Europea en materia de prácticas restrictivas, celebrada el día 25.7.1996, y la asistencia del Presidente del Tribunal a la reunión de Directores Generales de la Competencia celebrada en Bruselas el día 2.10.1996. En cuanto a la OCDE, se ha asistido a las reuniones de los Grupos de Trabajo números 1 (Competencia y Comercio), 2 (Desregulación) y 3 (Cooperación) del Comité de Derecho de la Competencia y Política de la Competencia, celebradas en los meses de febrero, abril, julio y octubre.

Los días 16 a 18 de octubre el Presidente del Tribunal y un Vocal asistieron a la 23ª Conferencia Internacional de Legislación y Política de Competencia en la Fordham University School of Law. El Presidente del Tribunal participó en la "Mesa Redonda sobre la Reforma de la Política de Competencia de la Comunidad Europea: Sustancia, Procedimiento e Instituciones".

Por último, cabe destacar la celebración del II Encuentro de Autoridades Latinoamericanas de Defensa de la Competencia, celebrado el día 28.11.1996 en Caracas con el objetivo de analizar las medidas emprendidas por los distintos países en materia de cooperación y fijar las líneas a seguir en el futuro. Asistieron representantes de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela.

En dicho Encuentro se abordaron los siguientes temas:

a) Las características generales de las políticas de competencia, expuesto por el Embajador Carlos J. Moneta, Secretario Permanente del SELA, con la ponencia "Políticas de Competencia en América Latina y el Caribe: el reto de los nuevos mercados"; por el Presidente del Tribunal, Excmo. Sr. D. Amadeo Petitbò Juan con la ponencia "Características generales de las políticas de competencia. Aspectos económicos: el caso de España"; por el Excmo. Sr. D. Ricardo Alonso Soto, Vicepresidente del Tribunal con la ponencia "Las características generales de las políticas de competencia. Aspectos jurídicos: el caso de España; por la Excma. Sra. Dña. Cristina Alcaide, Subdirectora General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia, con la ponencia "La investigación en las prácticas restrictivas de la Competencia"; por la Dra. D^a . Claudia Curiel, Directora de Investigación y Fomento de Procompetencia de Venezuela con la ponencia "Consideraciones acerca de los elementos que conforman las políticas de competencia en América Latina y el Caribe; y por la Dra. D^a . María Florencia Paollini, de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina, con la ponencia "Actualización del marco legal en Argentina".

b) Las concentraciones económicas, tratado por el Sr. D. Juan A. Rivière Martí, Consejero. Dirección General de la Competencia, DGIV.A, Comisión Europea, con la ponencia "Reflexiones sobre la práctica de la Comisión Europea"; por la Dra. D^a . María E. Fraga, Directora de Verificación y Fusiones de Procompetencia de Venezuela, con la ponencia "Algunas consideraciones respecto a las eficiencias derivadas de las fusiones verticales"; y por la Ilma. Sra. Dña. Inmaculada Gutiérrez, Subdirectora General de Concentraciones y Estudios, con la ponencia "Empresas en participación".

c) Las Políticas de competencia, privatización y marcos regulatorios, tema analizado por el Dr. D. Armando Castelar, Jefe del Departamento Económico, BNDES de Brasil con la ponencia "Las políticas de competencia, privatización y regulaciones de los monopolios públicos"; por el Dr. D. José Eugenio Soriano, Secretario General del Instituto de Estudios del Libre Comercio, con la ponencia "Privatización y marcos regulatorios"; y por la Dra. D^a . Geraldine Foster, Directora Ejecutiva, Comisión de Comercio de Jamaica, con la ponencia "La articulación entre políticas de competencia, privatizaciones y los marcos regulatorios: la perspectiva de Jamaica".

d) las políticas industriales: el papel de las políticas de competencia en su diseño, tema analizado por el Profesor Leonardo Vera, de la Universidad Central de Venezuela, con la ponencia "La relación entre las políticas de competencia y la política industrial"; por el Dr. D. José Tavares de Araujo de la Unidad de Comercio, OEA, con la ponencia "Políticas de competencia y política industrial: ¿Contradictorias o coincidentes?"; y por la Dra. Dña. Margarita Alarcón Carrillo, Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia de Colombia, con la ponencia "El papel de la política de competencia en el diseño de la política industrial".

e) La protección al consumidor, cuestión analizada por el Dr. D. Alfredo Bullard, Presidente del Tribunal del INDECOPI de Perú, con la ponencia "¿Por qué es necesaria una ley de protección al consumidor?"; por el Dr. D. Eduardo Garmendia, Superintendente de Procompetencia de Venezuela, con la ponencia "La protección al consumidor: el caso venezolano"; y por la Dra. Dña. Margarita Alarcón Carrillo, Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia de Colombia, con la ponencia "La protección al consumidor: el caso colombiano".

f) Las Negociaciones regionales y multilaterales, tema analizado por el Dr. Bernard Sylvester, Economista, Miembro del Comité Nacional sobre Políticas de Competencia del Ministerio de Comercio e Industria de Trinidad y Tobago, con la ponencia "Políticas de competencia y el marco internacional"; y por el Dr. D. Elías Mizrahi Alvo, Director de la División Internacional de la Dirección General de Estudios Económicos. Comisión Federal de Competencia de México, con la ponencia "Políticas de competencia e integración regional: el caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

2. Otras actividades

Con el objetivo de realizar un análisis en profundidad de aquellos sectores sobre los que el TDC trabaja para diseñar recomendaciones dirigidas a su liberalización, representantes del Tribunal se reunieron el día 20.7.1996 con el Delegado del Gobierno en el Monopolio de Tabacos, D. Alberto López de Arriba.

El día 6.3.1996, el Presidente, Vicepresidente, y un Vocal del Tribunal se entrevistaron con las autoridades del Puerto de Barcelona.

El día 22.7.1996 representantes del TDC visitaron el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil de Madrid y Registro Mercantil Central.

El día 27.7.1996 se celebró una reunión con el presidente del Consejo General del Notariado, D. Antonio Fernández-Golfín y con el Decano del Colegio de Notarios de Barcelona, D. José Luis Mezquita del Cacho.