

## **RESOLUCIÓN (Expte. 345/94 Máquinas Recreativas)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Alonso Soto, Presidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

Soriano García, Vocal

Menéndez Rexach, Vocal

Petitbò Juan, Vocal

En Madrid a 6 de septiembre de 1995.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores que anteriormente se relacionan y actuando como Ponente D. Ricardo Alonso Soto, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente nº 345/94 (701/91 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado por denuncias de la "Empresa Comercial de Recreativos, S.A." contra la "Asociación Empresarial de Hostelería de Gijón" y la empresa "Mozamar, S.A." y de la citada Asociación de Hostelería contra la "Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas del Principado de Asturias" por la realización de diversas prácticas restrictivas de la competencia.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

- 1.- El 25 de noviembre de 1990 la "Empresa Comercial de Recreativos, S.A." presentó una denuncia contra la "Asociación Empresarial de Hostelería de Gijón" y la empresa "MOZAMAR, S.A." por haber suscrito un acuerdo mediante el cual los miembros de la Asociación se comprometían a contratar, en exclusiva y bajo unas condiciones determinadas, la explotación de máquinas recreativas y de azar de las denominadas de tipo "B" con MOZAMAR.
- 2.- El 12 de febrero de 1991 el Servicio de Defensa de la Competencia acordó la apertura de una información reservada para esclarecer la denuncia.
- 3.- En el curso de dicha investigación la Asociación de Hostelería de Gijón formuló, a su vez, una denuncia contra la "Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas del Principado de Asturias" por limitar la libertad de contratación de los propietarios de los establecimientos, fijar las condiciones comerciales en cuanto a la

detracción del importe de las recaudaciones y establecer la exclusividad de contratación a cambio de la cesión de dinero, encubierta bajo forma de mejoras en las instalaciones del establecimiento, o de cesión gratuita del mismo o con muy baja renta.

- 4.- Con fecha 4 de abril de 1991 el Director del Servicio de Defensa de la Competencia acordó la admisión a trámite de ambas denuncias y la incoación del oportuno expediente.
- 5.- El expediente se sometió a información pública mediante la publicación de avisos en el B.O.E. nº.153, de 27 de junio de 1991 y en el B.I.C.E. nº. 1877, de la semana del 3 al 9 de junio de 1991.
- 6.- Tras la realización de las investigaciones pertinentes, con fecha de 13 de septiembre de 1993 se formularon pliegos de concreción de hechos de infracción contra la Asociación Empresarial de Hostelería de Gijón y las empresas MOZAMAR y Rafael Sánchez Llorente por la realización de un acuerdo vertical que contiene las siguientes restricciones de la competencia: a) El compromiso de las empresas de no suministrar máquinas recreativas a establecimientos de hostelería no asociados o suministrarlas en condiciones diferentes; y b) El compromiso de los hosteleros de no contratar en las mismas condiciones con otra empresa diferente de MOZAMAR. Y contra la Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas del Principado de Asturias por haber adoptado la decisión de imponer a todos sus miembros un sistema de contratación colectiva que elimina la actuación libre e independiente de las empresas.
- 7.- Vistas las alegaciones de las partes y realizadas las pruebas propuestas por éstas el Servicio de Defensa de la Competencia procedió a elevar el expediente al Tribunal junto con su Informe en el que proponía :
  - a) Que se declare que los acuerdos suscritos entre la Asociación de Hostelería de Gijón y las empresas MOZAMAR,SA. y Rafael Sancho Llorente infringen los arts. 1.1. a) y d) de la Ley 16/1989.
  - b) Que se declare que la decisión adoptada por la Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas del Principado de Asturias y sus afiliados, que impide la competencia entre éstos, vulnera el art. 1 de la citada Ley 16/1989.
- 8.- Recibido el expediente en el Tribunal se admitió a trámite por Auto de 30 de marzo de 1994 y se puso de manifiesto a los interesados para que solicitaran la celebración de vista y propusieran las pruebas que

consideraran necesarias.

- 9.- Presentaron escritos solicitando la práctica de pruebas, de un lado, la Asociación de Hostelería de Gijón y la Empresa "MOZAMAR, S.A." y, de otro, la Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas del Principado de Asturias.

Por Auto de 26 de septiembre de 1994 se acordó:

- La admisión de la prueba documental aportada por las partes.
- Requerir a la empresa "MOZAMAR, S.A." para que remitiera relación detallada o copia de los contratos firmados con sus clientes en los años 1990, 1991 y 1992, con expresión de las condiciones de explotación de las máquinas y del hecho de la pertenencia o no de aquéllos a la Asociación de Hostelería de Gijón.
- Requerir a la Comisión Nacional del Juego para que certificara la existencia de instrucciones dirigidas a los Gobiernos Civiles y Delegaciones del Gobierno, y en especial a la de Asturias, tendentes a asegurar la libertad de contratación entre las partes intervinientes en la explotación de máquinas recreativas dentro de la intervención normativa establecida reglamentariamente y las aporte al Tribunal.
- Oficiar al Registro Mercantil de Oviedo para que aportara los documentos y folios donde constan los sellos, firmas y rúbricas de la entidad "CAMPORRO, S.A." y "MOZAMAR, S.A.", en la presentación de cuentas anuales del ejercicio 1992, para en su consecuencia acreditar que el domicilio donde se realiza efectivamente la actividad empresarial de ambas es el mismo.
- Requerir a la Asociación de Operadores de Máquinas Recreativas del Principado de Asturias en la persona de su Presidente, a la "Empresa Comercial de Recreativos, S.A." en la persona de su representante legal y a los señores D. Julio César Alvarez Camporro y D. Higinio Alvarez Camporro y D. Rafael Sancho Llorente para que, en el plazo de quince días, remitieran a este Tribunal escrito certificando los siguientes extremos:
  - a) Si conocía la existencia de los documentos "Reglamento de Régimen Interior", "Anexo al Reglamento de Régimen

Interior" y "Reglamento de Arbitraje" de la Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas del Principado de Asturias que se adjuntaban.

- b) Si dichos documentos habían sido elaborados por los órganos de la Asociación citada.
- c) Si dichos documentos estaban en vigor y resultaban vinculantes o de obligado cumplimiento para los asociados.

10.- Habiéndose advertido que el Auto de admisión a trámite del expediente no se notificó a la empresa denunciante, con fecha 15 de junio de 1994 se procedió a subsanar dicho defecto procedimental y a poner de manifiesto el expediente, por plazo de 15 días, a la "Empresa Comercial de Recreativos, S.A.", para que pudiera solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que considerara necesarias.

La citada empresa no compareció en este trámite.

11.- Dos de los interesados solicitaron la celebración de vista. La Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas del Principado de Asturias no la consideró necesaria.

12.- Concluida la práctica de la prueba, de conformidad con lo dispuesto en el art. 40.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, por Providencia de 21 de diciembre de 1994 se acordó poner de manifiesto a los interesados el resultado de las diligencias de prueba para que procedieran a su valoración.

13.- Por Providencia de 31 de enero de 1995 se acordó el señalamiento de vista para el día 24 de febrero de dicho año.

A la vista asistieron D. Miguel Candela Zamora, instructor del expediente, por el Servicio de Defensa de la Competencia, D. Guillermo Alvarez Rato, por la "Empresa Comercial de Recreativos, S.A.", D. Miguel A. Vázquez Matías por la Asociación de Hostelería de Gijón y D. Carlos Lalanda Fernández por la Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas del Principado de Asturias.

14.- Concluida la vista el Tribunal celebró una primera deliberación en la que se acordó que, por diligencia para mejor proveer, se averiguaran las cifras de facturación total del sector en Asturias y las correspondientes a las máquinas recreativas del tipo B en Asturias y, en particular, las pertenecientes a los miembros de la Asociación en el año 1994.

- 15.- Por Providencia de 27 de febrero de 1995 se requirió a la citada Asociación para que aportara los datos mencionados en el apartado anterior. La Asociación respondió el 10 de marzo que no disponía de dichos datos.
- 16.- Por Providencia de 27 de marzo de 1995 se requirió a la Comisión Nacional del Juego para que aportara los datos de facturación del sector de las máquinas recreativas en Asturias.

La Comisión respondió el día 6 de abril, aportando los siguientes datos:

<u>"</u>	<u>MAQUINAS "A"</u>	<u>VARIACION</u>
1992	5.052	4 (0,1%)
1993	5.230	178 (3,5%)
1994	5.544	314 (6,0%)
	<u>MAQUINAS "B"</u>	<u>VARIACION</u>
1992	6.343	-1.567 (-19,2%)
1993	6.391	48 (0,8%)
1994	5.524	-867 (-13,5%)

Al no haber Casinos ubicados en esa Comunidad, no existen máquinas "C" instaladas.

El número de máquinas "B" instaladas en las 9 Salas de Bingo que funcionan en esa Comunidad es de 43.

La recaudación, estimada, que nos ha sido facilitada, es de 80.000 a 100.000 ptas, por cada máquina del tipo "A" y de 1.1000.000 para las "B".

Las cantidades reseñadas son netas, antes de impuestos, y representan aproximadamente el 25% de lo que se juega, pues el resto se devuelve en premios"

- 17.- Puesto de manifiesto a las partes el documento a que se refiere el número anterior, tan sólo la Asociación de Hostelería de Gijón realizó alegaciones.
- 18.- El Pleno del Tribunal deliberó y falló definitivamente el asunto en su sesión de 19 de mayo de 1995.
- 19.- Se consideran interesados:
- EMPRESA COMERCIAL DE RECREATIVOS, S.A. (ECORSA).

- ASOCIACION EMPRESARIAL DE HOSTELERÍA DE GIJÓN
- MOZAMAR, S.A.
- RAFAEL SANCHO LLORENTE
- ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS DE MAQUINAS RECREATIVAS DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

### **HECHOS PROBADOS**

- 1.- La entrada en vigor en 1986 del Impuesto sobre el Valor Añadido, que establecía que la parte de la recaudación correspondiente al empresario hostelero procedente de una máquina recreativa o de azar, instalada en un establecimiento de hostelería, quedaba gravada con tal impuesto, no así la del operador-propietario de la máquina, provocó un importante conflicto entre ambas categorías de empresarios sobre el reparto de los ingresos obtenidos por las máquinas y, más en concreto, sobre si el hostelero debía percibir además de su porcentaje un 12% para hacer frente al pago del IVA.

El 27 de abril de 1990 se publicó el nuevo Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, lo que motivó que la Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas del Principado de Asturias indicara a sus asociados la política a seguir en cuanto a la recaudación. Dicha política consistía fundamentalmente en repartirse entre los operadores y los hosteleros el 50% de la recaudación bruta, detrayendo los impuestos de la parte correspondiente al hostelero.

Los empresarios de hostelería se opusieron a esta política y adoptaron una serie de acuerdos para presionar a los operadores de máquinas y obtener un sistema más favorable de reparto de la recaudación de las máquinas. Asimismo iniciaron contactos con otras empresas de alquiler de máquinas recreativas y de azar para conseguir mejores condiciones.

Logradas éstas, en los términos que más adelante se verán, los empresarios de hostelería solicitaron la retirada de las máquinas a los anteriores operadores a la finalización de los respectivos contratos, produciéndose, en algunos casos, la negativa y, en otros, diversos asaltos a bares y cafeterías para dañar las máquinas de la nueva empresa operadora. (Vid. folios 99 a 107 del expediente del Servicio de Defensa de la Competencia).

- 2.- La empresa de máquinas recreativas MOZAMAR, S.A. irrumpió en el mercado con una fórmula nueva consistente en que el operador cobraba únicamente 74.000 ptas. mensuales por la instalación de una máquina en un establecimiento de hostelería (que se desglosan de la siguiente manera: 38.400 ptas. de impuestos; 13.800 ptas. de mantenimiento;

12.200 ptas. de amortización; y 9.600 ptas. de beneficio empresarial) mientras que el hostelero hacía suya la totalidad de la recaudación y pagaba el correspondiente IVA.

- 3.- El 9 de octubre de 1990 se firmó un "acuerdo marco" entre la Asociación Empresarial de Hostelería de Gijón y la empresa MOZAMAR, S.A. para la explotación de máquinas recreativas y de azar de las denominadas de tipo "B". (Folios 70 y ss. y 466 y ss. del expediente del Servicio de Defensa de la Competencia)

En dicho acuerdo, modificado el 30 de octubre de 1990, aparecen las siguientes cláusulas:

"TERCERA.- Los contratos... serán visados y gestionados por la Asociación, incluídos los contratos que la operadora suscriba directamente con los no asociados..., teniendo una vigencia de UN AÑO.

DECIMOTERCERA.- La empresa operadora queda autorizada a suscribir contratos de instalación de máquinas tipo B con cualquiera otras Asociaciones, entidades o particulares, si bien en tales contrataciones MOZAMAR, S.A. habrá de respetar las siguientes normas:

- A) En las contrataciones que se efectúan con los establecimientos no asociados..., la Asociación percibirá una cantidad mensual de quinientas pesetas por máquina instalada,...
- C) En las contrataciones con establecimientos de hostelería del resto de Asturias... que no estén asociados o afiliados a ninguna otra Asociación o Federación de Hostelería, la asociación contratante percibirá una cuota mensual de trescientas cincuenta pesetas; ...
- D) En las contrataciones referidas en los apartados A) y C) ... las cuotas mensuales que han de abonar los titulares de estos establecimientos a la empresa operadora han de ser siempre superiores en, al menos, mil pesetas mensuales a las que abonen en cada momento los establecimientos miembros de la Asociación contratante.
- E) En las contrataciones que se efectúen con establecimientos del resto de la Provincia de Asturias, ..., que pertenezcan o estén asociados a alguna Asociación o Federación de

Hostelería, la entidad MOZAMAR, S.A., podrá contratar libremente con ellas, sin cuota ni derecho alguno para la Asociación contratante, exceptuando el hecho de que no podrán pactarse en tales contratos condiciones que mejoren las pactadas con la Asociación...

Al Convenio se adhiere también la Unión de Comerciantes de Avilés y comarca.

- 4.- En aplicación del Acuerdo marco se firmaron 13 contratos entre miembros de la Asociación de Hostelería de Gijón y D. Rafael SANCHO LLORENTE, que se subrogó en los derechos de MOZAMAR, S.A., dado que esta última empresa no estaba registrada en Asturias como operadora (Folio 189). Asimismo se firmaron también 69 contratos con otros empresarios de hostelería no pertenecientes a la Asociación citada, los cuales contenían las mismas condiciones que los anteriores.
- 5.- La situación de la instalación de máquinas recreativas por lo que respecta a los interesados en este expediente era la siguiente:

En el año 1991 había instaladas en Asturias, según la Comisión Nacional del Juego, un total de 6949 máquinas. De ellas, ECORSA disponía de 529 en Gijón, 35 en Carreño y 26 en Villaviciosa (y 1716 máquinas en Asturias) mientras que MOZAMAR solo tenía 14 en dicha ciudad y el Sr. Sancho Llorente 3.

En el año 1992 había instaladas en Asturias, según la Comisión Nacional del Juego, 6343 máquinas, de las cuales ECORSA disponía de 683 en Gijón, 41 en Carreño y 30 en Villaviciosa (y 1719 en Asturias), mientras que MOZAMAR tenía 30 en Gijón y 1 en Carreño y el Sr. Sancho Llorente mantenía 3 en Gijón.

- 6.- La Asociación Empresarial de Hostelería de Gijón engloba a un 40% de los empresarios del sector establecidos en los concejos de Carreño, Gijón y Villaviciosa.
- 7.- La Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas del Principado de Asturias, que engloba a 77 empresas del sector, se rige por unos Estatutos y unas normas complementarias que figuran como documentos unidos a los estatutos, que se aprobaron en la Asamblea General Extraordinaria de la Asociación celebrada el 20 de febrero de 1990 (véase el acta de la reunión en el folio 403).

En dicha Acta figura también la elección de D. Julio C. ALVAREZ



CAMPORRO como miembro de la Junta Directiva de la Asociación.

Posteriormente la citada Asociación arbitró un sistema de protección territorial absoluta para los miembros de la Asociación, consistente en la obligación de respeto de las exclusivas establecidas, esto es, un sistema por el que se impedía a los asociados instalar o introducir sus máquinas en un lugar donde hubiera instaladas máquinas de otra empresa competidora, salvo consentimiento de ésta. El incumplimiento de esta obligación se viene sancionando con la expulsión de la Asociación.

La existencia de estas normas o decisiones queda demostrada por las referencias a las normas e instrucciones de la Asociación sobre instalación de máquinas contenidas en diversas circulares remitidas por la citada Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas del Principado de Asturias a sus asociados (folios 153 a 160 del expediente del Servicio de Defensa de la Competencia) y en las Actas de la citada Asociación (folios 403 y ss. expediente del Servicio de Defensa de la Competencia).

- 8.- Precisamente una empresa del Sr. Alvarez Camporro fue expulsada de la Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas del Principado de Asturias por introducir sus máquinas en un local donde había instaladas máquinas pertenecientes a otra empresa.

Según consta en el Acta de la Asamblea de la Asociación celebrada el día 17 de enero de 1991 (folio 422) la Junta Directiva de la Asociación, en su sesión de 4 de enero de 1991, acordó comunicar la pérdida de la condición de asociado a la empresa Trasgu, S.A., en la persona de su representante legal D. Julio Alvarez Camporro, por infracción de los apdos b) y e) del artículo 11 de los Estatutos y de los correspondientes apartados a) y b) del artículo 11 del Reglamento de Régimen Interior de la Asociación.

La Asamblea ratificó el acuerdo anterior por considerar que existía una falta grave de las previstas en el artículo 11 apdos. b) y e) de los Estatutos y del artículo 11 apdos. a) y b) del Reglamento de Régimen Interior.

- 9.- Los citados artículos establecen:

Art. 11 de los Estatutos (folios 278 y ss. del expediente del SDC). "Son

obligaciones de los asociados:

- b) Ajustar su actuación a las Leyes, a los presentes Estatutos y Reglamento de Régimen Interior, así como a los acuerdos válidamente adoptados por la Asamblea General y por la Junta Directiva.
- e) Mantener la disciplina y colaboración necesaria para el buen fin de las misiones encomendadas a la Asociación".

Art. 11 del Reglamento de Régimen Interior (folios 220 y ss. del expediente del SDC). "Podrán ser causas suficientes de baja del asociado por acuerdo de la Junta Directiva, cualesquiera de las siguientes:

- a) Incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones establecidas en los Estatutos de la Asociación o en este Reglamento de Régimen Interior o en sus **anexos**.
- b) Incumplimiento de cualquier obligación derivada de los acuerdos válidamente tomados por la Asamblea General y la Junta Directiva".

- 10.- La Asociación Empresarial de Hostelería de Gijón ha aportado un documento denominado "Anexo al Reglamento de Régimen Interior" (folios 228 y ss. del expediente del Servicio de Defensa de la Competencia), elaborado, según testimonios obrantes en el expediente, por la Junta Directiva de la Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas, en el que se establece:

**"Segundo:** ... Sobre cualquier establecimiento de hostelería, que con arreglo a lo señalado en el número anterior se considere exclusivo de una empresa operadora tendrá ésta el derecho a ser respetada en su exclusividad, prohibiéndose a las demás empresas asociadas la instalación de máquinas recreativas de cualquier clase que sean, en dicho establecimiento hostelero.-

En caso de cierre del establecimiento y posterior reapertura del mismo, el derecho de exclusividad se entenderá sostenido a favor de la empresa que lo detentase por un plazo de un año contado desde el cierre, y solo en el caso de que transcurriera más de un año entre el cierre y la reapertura, se considerará caducado en el derecho de exclusiva.

Los derechos de exclusiva de una empresa operadora, sobre un establecimiento de esta clase, son absolutos, en el sentido de que su pérdida solo procederá en el caso de que expresamente se renuncien a ellos por la empresa operadora (salvo en el caso de cierre por más de un año) y sin que afecten a los mismos situaciones de traspaso ni otras similares.

Cualquier asociado que ignorando esta situación de exclusividad de un establecimiento, introdujese en el mismo cualquier tipo de máquinas recreativas o de azar, estará obligado inexcusablemente a la retirada de las mismas a simple petición de la empresa exclusivista, y la no retirada de dichas máquinas será causa de expulsión de la asociación.

**Tercero:** ... Sobre cualquier establecimiento de hostelería que... se considere compartido por una o más empresas operadoras, tendrán éstas el derecho a ser respetadas en su nivel de instalación existente.

Si una empresa operadora tuviera instalada en un establecimiento compartido, una máquina de una clase determinada... y quisiera cambiarla por otra de distinta clase, no podrá hacerlo sin autorización de las otras empresas operadoras que comparten el establecimiento.

Frente a terceras operadoras, sean miembros o no de esta Asociación, los derechos que cualquier empresa operadora tiene sobre un establecimiento en el que opere, son los mismos que los señalados para el caso de los establecimientos en exclusiva.

**Sexto:** ... En ningún caso podrá, ninguna empresa operadora que tenga compartido un determinado establecimiento de hostelería, con otra u otras, variar el tipo de máquina instalada, sin autorización expresa de las demás operadoras..".

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 1.- En el presente expediente se plantean dos diferentes tipos de imputaciones: a) De un lado, se imputa a la Asociación Empresarial de Hostelería de Gijón, a la empresa MOZAMAR, S.A. y al Sr. Sancho Llorente la suscripción de un acuerdo por el que los miembros de la asociación se comprometían a contratar en exclusiva y bajo determinadas condiciones la explotación de máquinas recreativas y de

azar de las denominadas de tipo "B" y en el que además se establecían condiciones aplicables a las relaciones contractuales de la Asociación y MOZAMAR con terceras personas. b) De otro, se imputa a la Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas del Principado de Asturias la adopción y puesta en práctica de la decisión de impedir a los asociados instalar o introducir sus máquinas en lugares donde hubiera ya instaladas máquinas de un competidor, a no ser que mediara el consentimiento de éste último.

- 2.- Sin embargo, para una correcta interpretación de los hechos conviene tener presentes dos datos que no han sido tomados en consideración por la instrucción: En primer lugar, que, en el sector de las máquinas recreativas y de azar a que se refiere el expediente, existía en Asturias una estructura monopolista impuesta por el grupo de empresas integradas en la Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas ya que éstas, mediante diversas prácticas concertadas de reparto del mercado e imposición de condiciones uniformes, impedían la libertad de elección de los hosteleros y demás demandantes del servicio. En segundo lugar, que la búsqueda o negociación de un acuerdo con alguna empresa no perteneciente a la Asociación de Operadores o que, estando integrada en la misma, se atreviera a incumplir los acuerdos o las normas establecidas por ésta, era la única forma utilizable en aquellos momentos para romper el cártel establecido.
- 3.- Por lo que respecta a la primera imputación, el Tribunal considera que la negociación y suscripción de un acuerdo marco para la instalación de máquinas recreativas y de azar por parte de la Asociación de Hostelería de Gijón no puede considerarse en sí misma una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. En efecto, se trata de una actuación de una Asociación, realizada en nombre y por cuenta de los hosteleros asociados, para facilitar la negociación y aprovechar las ventajas derivadas de la capacidad conjunta de demanda de un producto o servicio. En este sentido, la conducta de la Asociación de Hostelería de Gijón puede equipararse a la de una "central de compras". Y recordemos que los acuerdos de compra en común han sido considerados por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo (véanse, entre otras, las Sentencias de 27 de junio de 1974 y de 15 de diciembre de 1994) como no restrictivos de la competencia por ser un eficaz factor de competencia frente al poder contractual de los proveedores, siempre que no incorporen cláusulas anticompetitivas y se demuestre que las empresas que se conciertan no tienen poder de mercado, que existen sistemas alternativos y que no hay perjuicio para los consumidores o usuarios.

- 4.- En el caso que nos ocupa no se dan ninguno de estos últimos factores: Ni MOZAMAR, S.A. o el Sr. Sancho Llorente son los únicos oferentes de máquinas recreativas y de azar de Asturias, ni la Asociación de Hostelería de Gijón ostenta una posición de dominio en el mercado territorial definido en el expediente (los concejos de Gijón, Carreño y Villaviciosa) pues, como mucho, engloba al 40% de los empresarios del sector de hostelería que, como es sabido, no son los únicos demandantes del producto (así pueden citarse también, por ejemplo, las salas de juego o los bingos). Por otra parte, hay abundantes alternativas al "acuerdo marco" suscrito, como lo prueban el reducido número de contratos que se acogen a éste y el elevado número de miembros de la Asociación que mantienen o suscriben nuevos contratos con otros operadores, de modo que no se produce el cierre del mercado. Finalmente, no parece que los diversos sistemas tengan incidencia sobre los consumidores finales, dada la regulación del sector en cuanto al uso de las máquinas y la atribución de premios.

Por consiguiente, hay que concluir que, en este caso concreto, la negociación y la firma de un acuerdo marco entre la Asociación de Hostelería de Gijón y MOZAMAR no restringe la competencia sino que, por el contrario, la favorece y la incrementa.

- 5.- Ahora bien, en el citado acuerdo marco se contienen algunas cláusulas que, a juicio de este Tribunal, contienen restricciones de competencia inadmisibles:

- a) La cláusula tercera, relativa al establecimiento por parte de la Asociación de un visado de los contratos (H.P. 3) ha de considerarse anticompetitiva porque atribuye a una persona ajena a la relación contractual el control de las condiciones económicas y comerciales de cada uno de los contratos que se vayan firmando al amparo del acuerdo marco, limitando con ello la libre iniciativa de los firmantes.

La Asociación de Hostelería ha alegado que el visado se refiere fundamentalmente a determinados aspectos técnicos relativos al control y gestión de la documentación administrativa de las máquinas, lo cual resulta conveniente dada la complejidad de la citada documentación y la existencia de casos de documentación duplicada o falsa.

El Tribunal considera a este respecto que, si la actuación de la Asociación de Hostelería se limitara a un control de la autenticidad

y legalidad de los documentos que requieren las máquinas recreativas y de azar y a una asistencia técnica para la gestión de la tramitación de la citada documentación ante las correspondientes Autoridades del Ministerio del Interior, no habría infracción de la normativa de la competencia. Sin embargo, la redacción de la cláusula da pie a interpretaciones más amplias y por ello el Tribunal estima que vulnera el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

- b) Lo mismo sucede con la cláusula decimotercera que se refiere a las relaciones de MOZAMAR con otras Asociaciones o personas que demandan la instalación de máquinas recreativas y de azar (H.P. 3). En efecto, los pactos suscritos entre la Asociación de Hostelería de Gijón y MOZAMAR que hacen referencia a la fijación de normas a las que habrán de atenerse los contratos suscritos por MOZAMAR con terceras personas, a la necesidad de que dichos contratos sean autorizados por la Asociación de Hostelería de Gijón y a la percepción por la citada Asociación de unas cuotas mensuales por cada contrato suscrito, imponen una serie de limitaciones a la libertad de empresa que dificultan la capacidad de competir de los empresarios no asociados, por lo que deben declararse contrarias a lo dispuesto en el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

6.- A la vista de todas estas consideraciones procede declarar la validez del acuerdo marco suscrito por la Asociación de Hostelería de Gijón y la empresa MOZAMAR, S.A., con la salvedad de las cláusulas Tercera y Decimotercera (Apartados A, C, D y E) que se consideran restrictivas de la competencia por infringir lo dispuesto en el art. 1.1. a) de la Ley de Defensa de la Competencia.

7.- En conclusión, teniendo en cuenta los siguientes elementos: En primer lugar, que el acuerdo marco de referencia no se considera anticompetitivo. En segundo lugar, que, según aparece documentado en el expediente: 1) la gestión y el visado de los contratos por parte de la Asociación de Hostelería de Gijón tan sólo se aplicó en la práctica en su dimensión técnica; 2) las estipulaciones contenidas en la cláusula decimotercera nunca llegaron a cumplirse; 3) únicamente se firmaron 13 contratos con miembros de la Asociación y en ellos se aprecia la libertad de los contratantes para establecer condiciones particulares; y 4) los contratos firmados con empresarios no miembros de la Asociación contienen condiciones idénticas a las de los suscritos con los asociados. Y, finalmente, que el sistema enjuiciado en el expediente permitió la ruptura de la situación de monopolio creada por los empresarios

agrupados en la Asociación de Empresas de Máquinas Recreativas; el Tribunal considera que no deben imponerse sanciones económicas a la citada Asociación de Hostelería de Gijón, a la empresa MOZAMAR, S.A. y al Sr. Sancho Llorente.

- 8.- Por lo que respecta a la segunda imputación, que se centra en la adopción y puesta en práctica por parte de la Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas del Principado de Asturias de una decisión o norma de obligado cumplimiento para impedir que los asociados instalaran sus máquinas en locales donde hubiera ya instaladas máquinas de un competidor, salvo consentimiento de éste, hay que señalar que el Tribunal considera que se trata de una práctica restrictiva de la competencia de reparto del mercado, prohibida por el art. 1.1. c) de la Ley de Defensa de la Competencia.
- 9.- La Asociación de Empresas Operadoras ha venido utilizando en su defensa una doble línea de argumentación: Por una parte, ha negado la existencia de dicho acuerdo o decisión y ha tachado de falso el Anexo al Reglamento de Régimen Interior en el que se contienen las normas recogidas en el hecho probado 10. Además, por otra parte, ha invocado que el sector del juego está profusamente regulado e intervenido por la Administración, y que el pretendido reparto del mercado no es sino la consecuencia de una norma que establece que, instalada una máquina recreativa o de azar, el operador debe expedir un "boletín de situación" sin que quepa la expedición de otro nuevo hasta transcurrido un plazo mínimo de un año desde la fecha del anterior (Art. 49.3 del Real Decreto 543/1990). Así pues, retirada o destruida una máquina no es posible reemplazarla hasta transcurrido el plazo de un año, incluso si el operador y el empresario del local están de acuerdo.
- 10.- En cuanto a la existencia de la práctica restrictiva de la competencia que se imputa a la Asociación de Empresas Operadoras hay que señalar que, incluso no tomando en consideración el denominado "Anexo al Reglamento de Régimen Interior" algunas de cuyas estipulaciones se recogen en el número 10 de los Hechos Probados, en el expediente obran innumerables documentos y testimonios que prueban indubitadamente la adopción y aplicación del acuerdo social o norma de obligado cumplimiento que consagra el respeto a las exclusivas de instalación de máquinas por parte de cada uno de los asociados. En este sentido podemos citar: 1) Las referencias a dichas normas y acuerdos que se encuentran en las Actas de las juntas o asambleas de los órganos de la Asociación (folios 403 y ss.). 2) El acuerdo de expulsión de la empresa "Trasgu" por incumplimiento de las normas contenidas en el Reglamento de Régimen Interior o en sus Anexos así como de los

acuerdos u obligaciones impuestos por los órganos de la Asociación (folio 422). Hay que recordar que el hecho que motiva la expulsión es el haber instalado máquinas en un local donde ya existían las de otra empresa. 3) Las referencias a normas e instrucciones sobre instalación de máquinas contenidas en circulares remitidas por la Asociación a sus miembros (folios 153 y ss.) 4) Las cláusulas contenidas en los contratos suscritos entre diversos hosteleros y empresas operadoras de máquinas pertenecientes a la Asociación, aportados al expediente (folios 207 y ss.).

Pero, además, también se encuentran en el expediente testimonios que avalan la verosimilitud del "Anexo al Reglamento de Régimen Interior", tales como las manifestaciones de los señores Higinio y Julio Cesar Alvarez Camporro (este último, como ya se ha indicado, fue miembro de la Junta Directiva en el momento de su elaboración y aprobación. Vid. folio 403), las referencias contenidas en el propio Reglamento de Régimen Interior a la existencia de anexos al mismo (Vid. art. 11 letra a) en razón de las cuales precisamente se expulsa de la Asociación a una empresa de D. Julio C. Alvarez Camporro, o las contradicciones en que incurrieron en la vista los representantes de la Asociación a preguntas del Vocal Ponente.

- 11.- Tampoco puede admitirse la argumentación de que el acuerdo o decisión que se imputa a la Asociación no es sino la plasmación de una norma administrativa que regula la movilidad y situación de las máquinas recreativas y de azar y que, en consecuencia, prohíbe la emisión de nuevos "boletines de situación" de las máquinas hasta que ha transcurrido un año de la fecha del anterior, por las siguientes razones: En primer lugar, porque la práctica que se persigue en este expediente es anterior a la existencia de la norma invocada. En segundo lugar, porque la presencia de una norma administrativa haría innecesaria la adopción e invocación de un acuerdo social o de una estipulación estatutaria en el seno de la Asociación. En tercer lugar, porque la norma pretende tutelar un interés público -el control de situación de las máquinas- y no el mantenimiento del "statu quo" o reparto del mercado de los operadores privados. Y, en cuarto lugar, porque la vigencia de la norma administrativa no legitima la existencia de unos acuerdos o normas de obligado cumplimiento que van mucho más allá del período mínimo de un año y establecen el respeto permanente de las exclusivas de los competidores.
- 12.- Así pues, la Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas del Principado de Asturias ha infringido deliberadamente el art. 1.1. c) de la Ley de Defensa de la Competencia, al adoptar acuerdos o establecer normas de obligado cumplimiento cuyo objetivo es eliminar la competencia entre las empresas asociadas.



En consecuencia, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de la citada Ley procede requerir a dicha Asociación para que cese en la referida práctica e imponerla una multa.

- 13.- A la hora de establecer la multa hay que tener en cuenta que el art. 10 de la Ley de Defensa de la Competencia, en su número primero, fija un límite máximo a la capacidad sancionadora del Tribunal que, en el caso de Asociaciones de empresas que no realizan directamente actividades comerciales o no tienen cifra de ventas, alcanza los 150 millones de pesetas.

Por su parte, el número segundo de dicho artículo establece los criterios para determinar la cuantía de la sanción.

- 14.- Aplicando dichos criterios el Tribunal considera que se trata de una infracción importante y especialmente grave porque se dan las siguientes circunstancias: 1) La práctica de reparto del mercado es una de las modalidades de infracción más graves y perversas de las que pueden darse en contra del interés público porque consagra la existencia de múltiples monopolios territoriales. 2) Aunque el mercado afectado puede ser considerado como de escasa entidad pues se limita, en principio, al Principado de Asturias, sin embargo, hay que tener presente que, dado que el conflicto entre hosteleros y operadores se había generalizado a todo el país, las fórmulas allí adoptadas podían servir de modelo para su aplicación a otras Comunidades Autónomas. 3) En el mercado territorial de referencia, la Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas del Principado de Asturias tiene una implantación mayoritaria, cifrándose la cuota de mercado de sus asociados en más de un 60 % del total. 4) Los efectos que ha provocado la restricción de la competencia han sido muy importantes pues han impedido la competencia entre los operadores asociados, la aparición en el mercado hasta fechas recientes de nuevos sistemas de explotación de las máquinas recreativas y la libertad de elección de los hosteleros y demás demandantes. 5) Finalmente, la práctica de reparto del mercado se ha desarrollado al menos durante cuatro años.

Por todo lo cual, el Tribunal ha decidido imponer a la Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas del Principado de Asturias una multa de veintiún millones de pesetas.

**VISTOS** los preceptos legales citados y los demás de general aplicación

## HA RESUELTO

**Primero.** Declarar que el acuerdo marco suscrito el 9 de octubre de 1990 por la Asociación Empresarial de Hostelería de Gijón y la empresa MOZAMAR,SA no se considera restrictivo de la competencia, puesto que se trata de una actuación de una entidad realizada en nombre y por cuenta de los asociados para facilitar la negociación con los proveedores y aprovechar las ventajas derivadas de la capacidad conjunta de demanda de un producto o servicio.

Declarar, sin embargo, que las cláusulas tercera y decimotercera del citado acuerdo marco, en su versión modificada de 30 de octubre de 1990, restringen la competencia por infringir lo dispuesto en el art. 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia.

**Segundo.** Intimar a la Asociación Empresarial de Hostelería de Gijón, a la empresa MOZAMAR y al Sr. Sancho Llorente para que procedan a eliminar del acuerdo marco la cláusula decimotercera y a modificar la cláusula tercera en el sentido que se indica en el Fundamento de Derecho 5.a).

**Tercero.** Declarar que en el presente expediente ha resultado acreditada una práctica restrictiva de la competencia de reparto del mercado entre diversos empresarios, prohibida por el art. 1.1.c) de la Ley de Defensa de la Competencia, de la que es autora la Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas del Principado de Asturias.

**Cuarto.** Intimar a la citada Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas para que cese en la realización de dicha práctica.

**Quinto.** Imponer a la Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas del Principado de Asturias una multa de veintiún millones de pesetas.

**Sexto.** Publicar la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado en los términos que se establecen en el art. 46 nº 5 de la Ley de Defensa de la Competencia.

**Séptimo.** Ordenar, tanto a la Asociación Empresarial de Hostelería de Gijón como a la Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas del Principado de Asturias, que, en el plazo máximo de un mes, difundan entre sus asociados, mediante carta circular

dirigida a cada uno de ellos, la Resolución del Tribunal o al menos la parte dispositiva de la misma.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que dicha Resolución agota la vía administrativa y que, por tanto, contra la misma se podrá interponer recurso contencioso-administrativo ante la correspondiente Sala de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar del día siguiente al de la fecha de recepción de esta notificación.