

RESOLUCIÓN (Expte. 40/92)

Pleno

Excmos. Sres.:

Fernández Ordóñez, Presidente

Alonso Soto, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

de Torres Simó, Vocal

Soriano García, Vocal

Menéndez Rexach, Vocal

Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 2 de marzo de 1993.

Visto por el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia el expediente nº 40/92 (877/92 del Servicio de Defensa de la Competencia), instruido a instancia de la empresa "ICI PAINTS ESPAÑA, S.A." que formula solicitud de autorización singular para un pacto de no competencia accesorio de una operación de concentración notificada voluntariamente al Servicio de Defensa de la Competencia y aprobada tácitamente, y teniendo en cuenta los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

- 1.- El día 14 de octubre de 1992 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia un escrito de D. Christopher Earl Bowley que, actuando en nombre y representación de la compañía "ICI PAINTS ESPAÑA, S.A.", solicitaba autorización singular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia, para un pacto de no competencia que forma parte de una operación de concentración notificada voluntariamente y aprobada tácitamente.
- 2.- La operación de concentración a la que se refiere el párrafo anterior consistía en la adquisición por "ICI PAINTS ESPAÑA, S.A." del negocio de pinturas para el repintado de carrocerías de vehículos automóviles de "BARNICES VALENTINE, S.A.".
- 3.- El acuerdo para el que se solicita autorización consiste en un pacto de no competencia suscrito entre "ICI PAINTS ESPAÑA, S.A." y "BARNICES VALENTINE, S.A.", que forma parte íntegra e inseparable de la operación de concentración, por el cual la parte vendedora se compromete en nombre propio y en el de sus compañías filiales o asociadas a no realizar durante

cinco años actividades que puedan competir con la parte del negocio transmitido a "ICI PAINTS ESPAÑA, S.A.".

El pacto tiene un alcance geográfico limitado a las zonas en que "BARNICES VALENTINE, S.A." había introducido ya sus productos.

4.- El Servicio de Defensa de la Competencia, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 36 y 38 de la citada Ley 16/1989 y en los artículos 4 y 6 del R.D. 157/1992, realizó las siguientes actuaciones:

- Incoación del correspondiente expediente y nombramiento de Instructor y Secretaria.
- Publicación, a efectos de información pública, de una nota extracto de la solicitud en el B.O.E. nº 260, de 29 de octubre de 1992.

En este trámite no se han producido comparecencias o alegaciones por parte de terceros.

- Solicitud de informe al Consejo de Consumidores y Usuarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 38.4 de la Ley 16/89.

El citado Consejo de Consumidores y Usuarios en su informe remitido al Tribunal de Defensa de la Competencia el día 4 de diciembre de 1992, ha formulado la siguiente observación:

"Examinada detenidamente esta solicitud, este Consejo MANTIENE SUS RESERVAS por considerar que si bien "ICI PAINTS ESPAÑA, S.A." no tiene cuota de mercado en España, sí tiene Empresas matrices de considerable importancia en la CEE, que podrían llegar a ocupar un porcentaje superior al permitido dentro del mercado en España, lo que podría llegar a constituir una práctica restrictiva de la competencia, con el consiguiente perjuicio para los intereses del consumidor".

5.- El Servicio de Defensa de la Competencia en su preceptivo informe consideró que el pacto de no competencia al que se refiere el presente expediente no parece contener más restricciones de competencia que las objetivamente necesarias para la transferencia efectiva de la propiedad del negocio: se refiere exclusivamente al mercado de pinturas para el repintado de coches y vehículos comerciales dañados, tiene una duración de cinco años y un alcance geográfico limitado a las zonas donde el vendedor había introducido sus productos, por lo que procede conceder la autorización singular solicitada.

- 6.- Recibido el expediente en el Tribunal, por Providencia de 27 de noviembre de 1992 se admitió a trámite y se nombró Ponente a D. Ricardo Alonso Soto.
- 7.- Por Providencia de 11 de diciembre de 1992 se puso de manifiesto el expediente a los interesados y al Servicio de Defensa de la Competencia para que formularan alegaciones.
- 8.- Con fecha 8 de enero de 1993 "ICI PAINTS ESPAÑA, S.A." presentó un escrito en el que realiza la siguientes alegaciones:
- a) El pacto de competencia debería considerarse aprobado conjuntamente con la operación de concentración por tratarse de un acuerdo directamente vinculado a la realización de una operación de concentración y que resulta necesario para el desarrollo de la misma.
 - b) La presentación de la solicitud de autorización obedece a que la Dirección General de Defensa de la Competencia, mediante escrito de 6 de febrero de 1992, les había comunicado que el resultado final del procedimiento de concentración era independiente del pacto de no competencia que debía ser sometido al procedimiento de autorización singular de los acuerdos restrictivos de la competencia.
 - c) La oposición manifestada por el Consejo de Consumidores y Usuarios se refiere más a la operación de concentración que al pacto de no competencia por cuanto se basa en el supuesto porcentaje del mercado que se derivaría de la citada operación. Sin embargo, la concentración ha resultado tácitamente aprobada por la Administración de modo que no puede ahora ser objeto de oposición.
 - d) La operación comporta las siguientes ventajas:
 - Aumento de la capacidad de inversión en investigación y desarrollo.
 - Acceso de los usuarios a una mayor gama de colores.
 - Mejora del suministro y abastecimiento de los usuarios al integrarse la red de distribución adquirida en la del Grupo ICI.
 - Aumento sustancial de las exportaciones del negocio adquirido al aprovechar la infraestructura de comercialización y

distribución del Grupo ICI tanto en Europa como en el resto del mundo.

- 9.- El Tribunal señaló como fecha de deliberación y fallo el 19 de enero de 1993.
- 10.- Se considera interesado en este expediente a "ICI PAINTS ESPAÑA, S.A.".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 1.- En el presente expediente se plantean dos cuestiones interrelacionadas: De un lado, la consideración que ha de atribuirse a los pactos de no competencia suscritos en las operaciones de compraventa de establecimientos mercantiles y, de otro, su tratamiento cuando, como en este caso, se presentan como parte esencial e integrante de una concentración de empresas.
- 2.- Por lo que respecta a la primera cuestión hay que señalar que lo que caracteriza al establecimiento mercantil es la existencia de una organización, resultado de la actividad competitiva del empresario, que tiene la consideración de bien inmaterial y que puede representar un valor económico muy superior a la suma de los valores de los diversos elementos que lo integran.

Conectado con esa idea de organización aparece el llamado fondo de comercio integrado por la clientela y las expectativas de negocio generadas por el empresario, el cual se contabiliza incluso como un elemento del activo cuando se adquiere a terceros a título oneroso.

Estos elementos, clientela y expectativas de negocio, evidentemente no son susceptibles de una transmisión directa cuando se vende el establecimiento mercantil. Sin embargo, en el Derecho privado se obliga al vendedor a hacer todo lo posible por traspasárselos al adquirente. Esta imposición se hace efectiva fundamentalmente por medios indirectos, esto es, mediante el cumplimiento de dos diferentes tipos de obligaciones: una positiva, o de hacer, que suele consistir en entregar al comprador la lista de clientes y proveedores o hacer saber a éstos por medio de circulares y anuncios el cambio habido en la titularidad del negocio; y otra negativa, o de no hacer, que se articula normalmente, a través del pacto de no concurrencia por un período limitado en el tiempo y determinado territorialmente y circunscrito a determinados productos o servicios para afianzar y no desviar la clientela.

- 3.- El pacto de no competencia no puede configurarse, sin embargo, de manera arbitraria sino que debe circunscribirse estrictamente a su finalidad, que no es otra que la de consolidar en la persona del adquirente la clientela que ya tenía consolidada el transmitente. Concebido en dichos términos ha de ser considerado como parte integrante del contenido del contrato de compraventa que tiene fuerza de ley entre las partes contratantes.

Si el pacto opera, en cambio, al margen de dicha finalidad habrá de ser considerado como un acuerdo restrictivo de la competencia prohibido por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

Así pues, si el pacto se circunscribe a establecer la obligación del vendedor de abstenerse de hacer competencia al comprador durante el tiempo y el espacio geográfico necesario para que éste consolide la clientela y las expectativas del establecimiento mercantil transmitido, habrá que concluir que solo busca dotar de efectividad al contrato de compraventa y que, por tanto, se sustrae a las prohibiciones establecidas en la citada Ley de Defensa de la Competencia (Véanse en este sentido las Decisiones de la CE de 26-07-1976, "Renter/Basf" y de 12-12-1983, "Nutricia", confirmada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE de 11-07-1985).

- 4.- El pacto de no competencia suscrito entre "BARNICES VALENTINE, S.A." e "ICI PAINTS ESPAÑA, S.A." no parece contener otras restricciones que las objetivamente necesarias para la transferencia plena del establecimiento mercantil.

En efecto, el pacto aparece limitado en el tiempo al período necesario para que un comprador activo consolide la cuota de mercado del transmitente; limitado en cuanto a su contenido que se circunscribe a los productos que constituían la parte de la actividad de la empresa transferida; y limitado en el espacio al mercado en que la empresa estaba activa en el momento de la venta o en los que podía ser considerada competidora potencial a la vista de su actividad demostrada. Y, por otra parte, no se realiza en perjuicio de terceros.

5. En cuanto a la segunda cuestión que, sin duda, se plantea por el especial modo a través del cual ha resultado autorizada esta operación de concentración, este Tribunal considera que, dado que la existencia de determinados pactos de no competencia es consustancial a los negocios jurídicos de adquisición de establecimientos mercantiles, no es posible separar el tratamiento de dichos pactos del que se otorga a las operaciones de concentración de empresas.

Como hemos señalado anteriormente, no cabe concebir la compra de una parte de la actividad empresarial de un competidor cuando el vendedor continúa en el negocio si no se establece al mismo tiempo un pacto de no competir. De modo que, cuando en una operación de concentración de empresas aparezca insertado un pacto de no competencia, habrá que valorar si su finalidad es afianzar y no desvirtuar la cesión de la clientela y de las expectativas de negocio al comprador o persigue otros objetivos, y resolver en consecuencia, de conformidad con los criterios anteriormente expuestos, en el marco del correspondiente procedimiento de control de la concentración.

- 6.- En conclusión, no habiéndose opuesto la Administración a la operación de concentración voluntariamente notificada en virtud del silencio administrativo positivo establecido en el artículo 15.4, párrafo 2º de la Ley 16/1989, y analizado el contenido del pacto, ha de entenderse también autorizado el citado pacto de no competencia suscrito entre "BARNICES VALENTINE, S.A." e "ICI PAINTS ESPAÑA, S.A.", sin que resulte preciso acudir en este caso al procedimiento especial regulado en los artículos 38 y 4 de la citada Ley y en el R.D. 157/1992, de 21 de febrero, que la desarrolla.

VISTOS los artículos 1, 3, 4 y 15 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y las demás normas de general aplicación.

HA RESUELTO

Declarar autorizado el pacto de no competencia suscrito entre "BARNICES VALENTINE, S.A." e "ICI PAINTS ESPAÑA, S.A." al que se refiere el presente expediente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 15.4, párrafo 2º de la Ley de Defensa de la Competencia.

Comuníquese al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.