

RESOLUCIÓN (Expte. 291/90)

Sección Primera

Excmos. Sres.:
Martín Canivell, Presidente
Alcaide Guindo, Vocal
Soriano García, Vocal

En Madrid, a siete de enero de mil novecientos noventa y dos.

Visto por la Sección Primera de este Tribunal de Defensa de la Competencia, constituida por los señores que arriba se relacionan, el expediente número 291/90, derivado del instruido por el Servicio de Defensa de la Competencia con el número 566/89, iniciado en virtud de denuncias de D. Marciano Cirujano Bracamonte, apoderado de "INDAS, S.A." contra "ARBORA CORPORACION, S.A.", y "Laboratorios AUSONIA, S.A." y teniendo en cuenta los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 10 de marzo de 1989 el apoderado de "INDAS, S.A." D. Marciano Cirujano Bracamonte formuló ante el Servicio de Defensa de la Competencia denuncia contra la empresa "ARBORA CORPORACION, S.A.", por concurrir a concursos públicos ofertando pañales a cero pesetas y en concreto a un concurso --para suministrar a la Residencia Sanitaria "Virgen del Camino", de Pamplona-- que le fue adjudicado el 13 de abril de 1988. Subsanados seguidamente por "INDAS, S.A." algunos errores expresados en su primer escrito, se acordó por el Servicio la admisión de la denuncia y la incoación de expediente, lo que fue comunicado a "INDAS, S.A." la empresa denunciante, así como a ARBORA CORPORACION, S.A. y a la Residencia de la Seguridad Social Virgen del Camino de León, para permitirles aportar datos sobre los hechos.

Se realizó trámite de información pública mediante publicación de anuncios de la incoación del expediente, a fin de que cualquier persona que pudiera ofrecer información o aportar datos lo efectuase.

Por "INDAS, S.A." se contestó aportando datos, referentes a la misma empresa y lo propio fue hecho por "ARBORA CORPORACION, S.A.", así como sobre el objeto de la denuncia.

Por la misma empresa "INDAS, S.A." en 18 de julio de 1989 se formuló nueva denuncia sobre ofertas a precios bajos de pañales en concursos públicos en casos en que había participado también la empresa "LABORATORIOS AUSONIA, S.A.", y en concreto, la adjudicación a dichos Laboratorios el 29 de mayo de 1989 del suministro para centros del Servicio Valenciano de Salud, con lo que se determinó la admisión de nueva denuncia por el Servicio de Defensa de la Competencia, incoación de nuevo expediente y nuevo trámite de información pública. La representación de AUSONIA remitió documentación al Servicio, que acordó después la acumulación de ambos expedientes.

El Servicio de Defensa de la Competencia acordó después la obtención de datos de las empresas denunciante, denunciadas y de "TEMPO ESPAÑA, S.A.", "CELATOSE" y "Laboratorios Unitex".

En 5 de junio de 1990 se formuló por el Servicio pliego de concreción de hechos contra "ARBORA CORPORACION, S.A." y "LABORATORIOS AUSONIA, S.A." por un abuso de posición dominante conjunta de ambas empresas, consistente en ofertas en concurso para suministro de bragas pañales a hospitales y clínicas por debajo de precio de coste. A tal pliego contestaron ambas empresas. La primera alegando no tener ninguna actividad común, que la misma denunciante había reconocido el sistema adoptado como un medio de publicidad y promoción, que la inversión así realizada no era abusiva, que no causaba daño a los competidores, que la práctica no restringe la competencia, sino, al contrario, tiene su origen en la competencia existente, y que las ventas así efectuadas representan para ARBORA una parte pequeña de sus ventas totales de bragas-pañales. AUSONIA alegó también el corto porcentaje de sus ventas que significaba lo suministrado a hospitales y clínicas, el efecto beneficioso que esas ventas tienen para la economía nacional, que en los costos de producción había que incluir los de publicidad, que la actitud frente a los competidores no es injustificadamente lesiva, que AUSONIA no había procedido a actuar así por propia iniciativa sino debido al comportamiento de ARBORA y que no existe, en fin, práctica restrictiva de la competencia en el presente caso sino, al revés, un claro exponente de la feroz competencia existente en el mercado de bragas-pañales.

El Servicio de Defensa de la Competencia concluyó el expediente el 29 de noviembre de 1990 con informe-propuesta en el que estimaba que procedía declarar acreditada la comisión por "ARBORA CORPORACION, S.A." y "LABORATORIOS AUSONIA, S.A.", de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 2º de la Ley 110/63 y que procedía adoptar los pronunciamientos previstos en los artículos 13 y 15 de la misma Ley y, en particular, el contenido en el punto 1 del apartado a) del dicho

artículo 15, de intimación a los autores de las prácticas para que cesen en ellas.

El Consejo de Defensa de la Competencia tomó conocimiento del expediente en su sesión de 14 de diciembre de 1990.

2. Recibido el expediente en este Tribunal, se acusó recibo, turnándose a la Sección Primera del Tribunal y designándose Ponente. Seguidamente, se dieron treinta días a los interesados para tomar conocimiento, hacer alegaciones y proponer pruebas.

Más tarde se unió al expediente escrito presentado por el miembro del Consejo de Defensa de la Competencia, D. Javier Sansa, opinando en contra del informe-propuesta por deducirse de lo actuado la existencia de competencia entre las dos empresas sometidas al expediente, porque había que distinguir entre dos clases diferentes de empresas, según su tamaño, incluyendo entre las del primer grupo a ARBORA y AUSONIA, con estrategias diferentes, que el crecimiento apreciado en el mercado de pañales en España, a pesar del estancamiento de la natalidad, es fruto de una mayor utilización y no del aumento de consumidores, que es lógico que cada empresa quiera aumentar su cuota de mercado, y que las empresas pequeñas habían aumentado del 17,6% al 21,6% su participación en el mercado en dos respectivos años observados, por lo cual no se podría decir que las prácticas del expediente habían perjudicado a las otras empresas del sector.

Formularon alegaciones en sendos escritos ARBORA e INDAS. La primera acreditaba su cambio de denominación para pasar a llamarse "ARBORA HOLDING, S.A., S. en C." y la segunda presentaba con su escrito una serie de informes periodísticos hablando del acuerdo de "joint-venture" reciente entre Procter and Gamble y FATER, grupos en los que están encuadradas ARBORA y AUSONIA respectivamente.

Por la Sección Primera del Tribunal se acordó seguidamente tener por suficientes los antecedentes y pruebas aportados al expediente, oficiar al Servicio de Defensa de la Competencia para que se aportaran cuantos datos consten sobre acuerdos entre PROCTER AND GAMBLE, FATER, "FINAF, s.p.a., "ARBORA" y "AUSONIA", y citar de comparecencia ante el Tribunal para ser interrogados a representantes de las empresas "ARBORA HOLDING, S.A., S. en C.", "LABORATORIOS AUSONIA, S.A.", "TEMPO ESPAÑA, S.A.", "CELATOSE", "INDAS, S.A." y "Laboratorios Unitex".

El día 6 de mayo de 1991 comparecieron ante el Ponente del expediente los representantes de las empresas citadas, a excepción del de "Laboratorios Unitex".

Se emplazó después a los interesados para la formulación de conclusiones, lo que hicieron ARBORA, AUSONIA e INDAS en sendos escritos y, ratificados los tres también por escrito, se señaló el día 26 de junio último pasado para la deliberación y fallo del expediente.

En 17 de julio siguiente se dictó Providencia acordando, para mejor proveer y con suspensión del plazo para dictar Resolución, requerir a la denunciante "INDAS, S.A." para que manifestara si se había fusionado o tenía en proyecto fusionarse con otras empresas de producción de pañales nacionales o extranjeras, así como reclamar al Servicio de Defensa de la Competencia para que suministrara datos al Tribunal del número de unidades de pañales y bragas-pañales importados en España con expresión del valor de los mismos, así como de las empresas extranjeras de que procedían esos productos y por cuales fueron importados y para que el mismo Servicio informara sobre precios de venta en otros países de pañales y bragas-pañales similares a los que se venden en el mercado español.

INDAS, S.A. contestó seguidamente no haberse fusionado ni tener proyecto de fusión con otras empresas, y por el Servicio de Defensa de la Competencia se fue remitiendo documentación sobre importaciones de pañales y otros productos incluidos en las partidas arancelarias 48184091000 F y 48184099000 M en los años pedidos y contestaciones de Oficinas comerciales españolas en países de las CEE sobre precios de pañales.

VISTO, siendo Ponente el Vocal D. Joaquín Martín Canivell.

HECHOS PROBADOS

1. El mercado de pañales para proteger el cuerpo humano de los efectos de la incontinencia, sobre todo de los niños pequeños, ha venido presentando novedades y modificaciones en los últimos veinte años. Anteriormente se venían utilizando para ese fin pañales de tela que tras su utilización, se lavaban y reutilizaban varias veces. A partir de 1970 se introduce un nuevo sistema consistente en el uso de pañales fabricados con celulosa, desechables tras una sola utilización. Si al principio estos pañales tenía la misma forma rectangular o triangular de los pañales tradicionales, luego pasaron a adoptar la forma de una braga adaptable al cuerpo. Un sistema intermedio consiste en la utilización de una braga de material reutilizable en cuyo interior se inserta una pieza de material desechable tras una sola utilización. El carácter práctico de los pañales desechables se compensa negativamente con su mayor costo. Así, según el estudio realizado por el Servicio de Defensa de la Competencia, el uso de pañales tradicionales determina un costo medio de 15.000 pesetas al año, mientras que el de pañales desechables es de alrededor de 55.000 pesetas anuales. Aún así, las ventajas del sistema más moderno, unidas a la mejora del nivel de vida, han hecho avanzar la proporción de su utilización respecto al total. Según el mismo estudio, si en 1983 el valor de los pañales tradicionales vendidos en España representaba aún el 60% del total de las ventas, luego esa proporción ha ido disminuyendo significando sólo el 40% en 1985, el 29% en 1986, el 24% en 1987, el 15% en 1988 y tan sólo el 9% en 1989. Se puede, pues, afirmar que hoy existe en España un mercado de pañales desechables, si bien en ese mercado los pañales tradicionales reutilizables son aún en pequeña medida y cada vez menos un producto sustitutivo que permiten satisfacer la misma necesidad de protección y limpieza corporal. Si bien aumenta la utilización de pañales para adultos incontinentes, éste es otro mercado y el relevante en este expediente es el de los pañales que se destinan a los niños desde su nacimiento hasta un momento de su edad que puede variar entre los dos y los tres años y medio (de los 24 a los 42 meses).

Característica de este mercado es la constante renovación de las personas demandantes. Sólo durante unos pocos años de la infancia de los niños sus familiares adquieren los pañales y ello ocurre por lo general pocas veces a lo largo de la vida familiar, en razón de los pocos niños que actualmente nacen.

Además, como los pañales de celulosa son voluminosos y ocupan bastante sitio, su adquisición no puede hacerse en grandes cantidades de una vez, sino que ha de repetirse con frecuencia. Los adquirentes pueden cambiar de marcas y de lugar de adquisición sobre todo teniendo en cuenta que en las grandes superficies los precios son inferiores. Pero los primeros pañales usados para los recién nacidos suelen determinar una estable fidelidad a la

marca de esos primeros pañales. Cada niño durante su infancia necesitará utilizar varios millares de pañales a razón de una media de 5 a 7 diarios.

2. Para la satisfacción de la demanda en el mercado español de pañales actúan algo menos de veinte empresas que detentan partes muy desiguales del mercado cada una. En los años 1988 y 1989 la empresa líder era la actual "ARBORA HOLDING, S.A., S. en C.", que vendió más de los dos quintos de los productos consumidos, seguida de "Laboratorios AUSONIA, S.A." cuyas ventas se elevaron en torno a la cuarta parte del mercado. La tercera empresa por importancia es "TEMPO, S.A.", con ventas que representan algo más de la décima parte de ese mercado. En el grupo de las restantes, que representan todas juntas de la sexta parte a un poco más de la quinta parte de las ventas, destaca la denunciante en este expediente, "INDAS, S.A." y "CELATOSE IBERICA, S.A."; ésta última afirma producir alrededor del 10% de los pañales infantiles de celulosa. La salida al mercado de los productos de todas estas empresas se hace, cada vez en mayor medida, a través de hipermercados (36% en 1988 y 38% en 1989), y en proporción muy cercana por los supermercados (37% en 1988, 36% en 1989). Muy detrás vienen las ventas en droguerías (13 a 14%), farmacias (7%), autoservicios (6%) y centros de asistencia sanitaria. Pero el acceso al mercado de sus productos lo efectúa cada empresa en forma distinta. Así, algunas afirman vender más de la mitad de su producción en farmacias y una quinta parte a los hospitales públicos y privados, mientras que alguna otra empresa dice colocar un 80% de su producción en grandes superficies para las que produce en la modalidad de marcas blancas.
3. En el capital de "ARBORA HOLDING, S.A., S. en C.," participa la empresa internacional "Procter and Gamble", ésta última con implantación importante en ventas de pañales desechables en varios países comunitarios (Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Holanda, Italia y Reino Unido).

En el capital de "Laboratorios Ausonia, S.A." tienen participación las empresas italianas "S.p.a. Farmaceutici Aterni FATER" y "FINAF, s.p.a". Bragas-pañales con marca Ausonia se venden en Portugal con participación considerable en ese mercado nacional.

Las empresas "ARBORA HOLDING, S.A., S. en C." y "LABORATORIOS AUSONIA, S.A." han concurrido repetidamente una y otra a concursos para suministros a centros hospitalarios y clínicas españolas en los años 1988 y 1989 con ofertas a precios inferiores a sus costes.

"ARBORA HOLDING, S.A., S. en C. (ARBORA CORPORACION en los años citados) concurre a concursos para suministrar a los siguientes centros en el año 1988: Hosp. San Juan de Dios, de Barcelona; Hosp. T. i Pujol, de Badalona; Hosp. Sgt. Cor, de Barcelona; Clínica del Pilar, de Barcelona; Clínica Dexeus, de Barcelona; Hosp. Maternal V. Hebrón, de Barcelona; Hosp. Infantil V. Hebrón, de Barcelona; Clínica del Remei, de Barcelona; Clínica Lourdes, de Barcelona; Clínica Sgda. Familia, de Barcelona; Clínica Tres Torres, de Barcelona; Clínica Corachan, de Barcelona; Hosp. de San Pablo, de Barcelona; Clínica Stauros, de Barcelona; Hosp. de Calella, de Barcelona; Hosp. de Granollers, de Barcelona; Hosp. San Jaime, de Mataró; Hosp. Esperit Sant, de Sta. Coloma G.; Mutua de Tarrasa; Casal de Curacio, de Vilasar de Mar; Hosp. A. Punto Castro, de Gerona; Hosp. A. de Vilanova, de Lérida; Hosp. Juan XXIII, de Tarragona; Hosp. Cruz Roja, de Tarragona; Hosp. V. Pedroche, de Pozoblanco; dos en Hosp. P. Fco. M. Servet, de Jaén; Hosp. de Móstoles, de Madrid; Hosp. 1º de Octubre, de Madrid; Hosp. de San Jorge, de Lugo; Hosp. Gral. Básico, de Ronda; Hosp. Clín. del Consuelo, de Valencia; Hosp. Xeral, de Vigo; Hosp. Gral. Segovia, Hosp. Clín. Univers., de Valencia; Hosp. Reina Sofía, de Tudela; Hosp. Sant Apóstol, de Vitoria; Hosp. Clín. Univers., de Salamanca; Hosp. Sta. Mª Madre, de Orense; Hosp. Clín. del Rosario, de Madrid; Hosp. Sta. Trinidad, de Salamanca; Hosp. Ntra. Sra. Covadonga, de Oviedo; Hosp. Materno Inf. S.S., de Málaga; Hosp. de Montecarlo, de Pontevedra; Hosp. Civil de Basurto, de Bilbao; Hosp. Ntra. Sra. Aranzazu, de San Sebastián; Hosp. Clín. Dr. Gálvez, de Málaga; Clín. Montfeller, de Zaragoza; Hosp. Fran. de Borja, de Gandía; Hosp. del Alto Deva, de Majadahonda; Clínica La Milagrosa, de Madrid; Hosp. Sanat. San Frco. de Asís, de Madrid; Hosp. V. del Camino, de Pamplona; Hosp. Xeral, de Lugo; Clínica Gerona; Hosp. de Coria (Cáceres); Hosp. Clínica Belén, de Madrid; Hosp. de Alicante; Hosp. de Requena (Valencia); Hosp. Clín. Kinder, de Madrid; Hosp. de las Cruces, de Baracaldo; Hosp. Moreno de Mora, de Cádiz; Hosp. Lorenzo Ramírez, de Palencia; Hosp. Sanatorio Begoña, de Gijón; Hosp. Reina Sofía, de León; Hosp. Casa de la Salud, de Valencia; Hosp. Dr. Peset, de Valencia; Hosp. de Estella, Hosp. Campo Arañuelo, de Navalmoral de la Mata; Hosp. V. de la Cruz, de Cuenca; Marqués de Valdecilla, de Santander; Serv. Vasco de Salud, de San Sebastián; Hosp. V. del Castañar, de Béjar (Salamanca); Hosp. Xeral da Costa, de Lugo; Hosp. Clín. Dropag, de Madrid; Hosp. Medina del Campo, de Madrid; Clínica Sta. Elena, de Madrid; Hosp. Sta. Cristina, de Madrid; Hosp. Materno Inf. S.S., de Badajoz; Hosp. Ntra. Sra. Carmar, de C. Real; Hosp. Santiago Apóstol, de Miranda de Ebro; Hosp. C. Acogida Soc., de San Sebastián; Hosp. Ntra. Sra. del Prado, de Talavera de la Reina; Hosp. de Zumárraga, de Guipúzcoa; Hosp. Lluís Alcanyis, de Játiva; Hosp. de Elche, de Alicante; Clín. San Miguel, de Pamplona; Hosp. de Elda, de Alicante; Hosp. Clín. Univers., de Valladolid; Consorcio H. de Cat., de Barcelona; Hosp. de Guadalajara, de Madrid; Hosp. SS. La Paz, de Madrid;

Hosp. Pozoblanco (Córdoba); Hosp. de Alcalá, (Madrid); Hosp. N. S. Cristal, de Orense; Hosp. Clínico, de Zaragoza; Hosp. V. de la Salud, de Toledo; Hosp. C. Santiago, de Ponferrada; dos en Hosp. Basurto, de Bilbao; Hosp. San Pablo, de Barcelona; Hosp. Gral. Yagüe, de Burgos; Hosp. Clínico, de Valladolid; Hosp. La Paz, de Madrid; Hosp. Dr. Peset, de Valencia; Hosp. La Fe, de Valencia, Hosp. Zumamagu, de Guipúzcoa; Hosp. Barbastro (Huesca); Hosp. Cabueñes, de Gijón; A. de Vilanova, de Lérida; Hosp. Clínico San Carlos, de Madrid; Hosp. Clínico, de Madrid; Hosp. Cruces. de Bilbao; Hosp. Borja, de Gandía y Hosp. V. de la Arrixaca, de Murcia:

Y en el año 1989 a los siguientes centros:

Hosp. V. de la Arrixaca, de Murcia; Hosp. Gral. S.S., de Segovia; Hosp. Gral. de Valencia; Hosp. de Elda (Alicante); Hosp. G. Marañón, de Madrid; Hosp. Can Misses, de Ibiza; Hosp. Clínico, de Valencia; Hosp. V. de la Luz, de Cuenca; Hosp. de Badajoz; Hosp. Ntra. Sra. Prado Talavera de la Reina (Toledo); Hosp. M. de Mora. de Cádiz; Hosp. G.T. i Pujol, de Badalona; Hosp. V. del Castillo, de Yecla (Murcia); Hosp. de Elche S.S., de Alicante; Hosp. de Requena (Valencia); Hosp. L. de Alcañíz, de Játiva (Valencia); tres en Hospital V. de Hebrón, de Barcelona; Hosp. Gral. S.S., de Palencia; Hosp. de Catalayud (Zaragoza); Hosp. Campo Arañuelo, de Naval Moral de la Mata; tres en Hosp. San Juan Canalejo, de La Coruña; Hosp. San Jorge, de Zaragoza; Hosp. Móstoles (Madrid); Hosp. San Pedro, de Logroño; Hosp. Ruiseñores, de Zaragoza; Hosp. V. de Altagracia, de Manzanares; Hosp. Son Duarte, de Palma de Mallorca; Hosp. A. Buylla, de Mieres; Hosp. Severo Ochoa Leganés (Madrid); Hosp. Provincial de Pontevedra; dos en Hosp. I. Elena, de Huelva; Hosp. Comarcal J. G. Ortega, de Valdepeñas; Hosp. Ntra. Sra. del Prado, de Talavera de la Reina (Toledo); Hosp. Cruz Roja Central, de Madrid; Hosp. Obispo Polanco, de Teruel; Centro Regional de Salud, de Navarra; Hosp. Comarcal Bidasoa, de Fuenterrabía (San Sebastián); Hosp. Santiago Apóstol, de Vitoria; Hosp. de Ntra. Sra. de Aranzazu, de S. Sebastián; Hosp. V. Blanca, de León; Hosp. Gral. Asturias, de Oviedo; Hosp. Da Costa Burela, de Lugo; Hosp. Gral. San Jorge, de Huesca; Hosp. G. Especialidades, de Jaén; Hosp. De Mardragón, de Guipúzcoa; Hosp. Ramón y Cajal, de Madrid; Hosp. Xeral, de Lugo; Hosp. San Pedro, de Alcántara (Cáceres); Hosp. Ntra. Sra. de Covadonga, de Asturias; Hosp. V. del Puerto, de Plasencia (Cáceres); Hosp. Ntra. Sra. Antigua, de Guipúzcoa; Hosp. C. Punto Santiago, de Ponferrada (León); Hosp. Sta. Bárbara, de Puertollano (Ciudad Real); Hosp. Alcañíz, (Teruel); Hosp. San Agustín, de Avilés (Oviedo); Hosp. V. Pedroches, de Córdoba y Hosp. SS. Ponferrada (León).

Tan sólo en uno de los ciento veinte casos de ofertas en 1988 el precio al que ofertó era superior a sus costos (manifestados confidencialmente por la empresa). De los demás casos, en 17 la oferta era totalmente gratuita, en 34 el precio ofertado no cubría el 10% del precio de costo, en 63 no pasaba del 50% del costo y tan sólo en 5 casos estaba entre el 50 y el 100% del costo. Obtuvo así, la adjudicación de los suministros en todos menos en cuatro de esos concursos.

En el año 1989 en un caso la oferta fue gratuita, en 38 casos el precio de oferta era inferior al 10% del costo de producción, manifestado por la empresa y en los restantes casos inferior al 50% del costo. Obtuvo así, la adjudicación de los suministros ofertados en todos los casos menos en siete de esos concursos.

En el año 1988 "LABORATORIOS AUSONIA, S.A.", concurrió a concursos para suministrar pañales desechables en los siguientes centros: Hosp. de Badajoz; Nuestra Señora de Sonsoles, de Avila; General Yagüe, de Burgos; Ntra. Sra. de Alarcos, de Ciudad Real; Severo Ochoa, de Leganés; Princesa Sofía de León; Alcalá de Henares; Primero de Octubre y Ramón y Cajal, ambos de Madrid; Virgen de Altagracia, de Manzanares; Campo Arañuelo, de Navalmoral de la Mata; dos en Camino Santiago, de Ponferrada; dos en Santa Bárbara, de Puertollano; Clínico Univ., de Salamanca; General de Segovia; dos en Ntra. Sra. del Prado, de Talavera de la Reina; Virgen de la Salud, de Toledo; Clínico Univ., de Valladolid; dos en Virgen de la Concha, de Zamora; San Agustín, de Avilés; Arquitecto Marcide, de El Ferrol; Cabueñes, de Gijón; Alvarez Buylla, de Mieres; Nuestra Señora de Covadonga, de Oviedo; Montecelo, de Pontevedra; Marqués de Valdecilla, de Santander; Xeral de Lugo; Xeral de Vigo; de Alicante; Comarcal. Noroeste de la región de Murcia, de Caravaca de la Cruz; Sta. M^a del Rosell, de Cartagena; General d'Elx, de Elche; Virgen de la Arrixaca, de El Palmar; Dr. Peset, de Valencia; La Fe de Valencia, G. Trias i Pujol de Badalona; Vall d'Hebrón, de Barcelona; General Alvarez de Castro, de Gerona; Arnau de Vilanova, de Lérida; San Millán, de Logroño; Virgen del Camino, de Pamplona; Juan XXIII, de Tarragona; Virgen de la Cinta, de Tortosa y Clinic. Univ., de Zaragoza.

En el año 1989 LABORATORIOS AUSONIA, S.A., participó en concursos para suministrar pañales infantiles desechables a los centros siguientes: Institut Catalá Salut, de Tarragona; Hospital Son Dureta, de Palma; Ciudad Sanitaria Valle de Hebrón, de Barcelona; Hospital Verge de la Cinta, de Tortosa; Hospital Virgen de la Arrixaca, de Murcia; Hospital Clinico Univ., de Valencia; Hospital La Inmaculada, de Huerca Overa (Almería); Hospital San Millán, de Logroño; Hospital Ruiseñores, de Zaragoza; Hospital San Jorge, de Huesca; Hospital Seg. S. de Barbastro, (Huesca); Hospital Virgen del

Camino, de Pamplona; Hospital Trias i Pujol, de Badalona; Hospital General, de Segovia; Hospital Universitario de San Carlos, de Madrid; Hospital Infanta Cristina, de Badajoz; cuatro en el Hospital Nuestra Señora del Prado, de Talavera (Toledo); Hospital Nuestra Señora de Alarcos y Hospital Virgen Altagracia, ambos de Ciudad Real; Hospital Campo Arañuelo, de Naval Moral de la Mata (Cáceres); Hospital Severo Ochoa, de Leganés; Hospital Gutiérrez Ortega, de Valdepeñas (Ciudad Real); Hospital Insalud Mérida (Badajoz); dos en Hospital Virgen Puerto, de Plasencia (Cáceres); Hospital Nuestra Señora de Sonsoles, de Avila; Hospital Comarcal, de D. Benito (Badajoz); Hospital Santa Bárbara, de Puertollano (Ciudad Real); Hospital General Río Carrión, de Palencia; Hospital Provincial de la Diputación de Pontevedra; Hospital Cruz Roja, de Madrid; Hospital Comarcal Da Costa, de Burela (Lugo); Hospital Juan Canalejo, de La Coruña; Hospital Ramón y Cajal, de Madrid; Hospital Xeral do Insalud, de Lugo; Hospital Camino de Santiago, de Ponferrada (León); Hospital Montecelo, de Pontevedra; Hospital Comarcal Valdeorras, de Barco de Valdeorras (Orense); Hospital General Galicia, de Santiago de Compostela (La Coruña); Hospital Candelaria Pemoro, de Santa Cruz de Tenerife; Hospital de Valme, de Sevilla; Hospital Infanta Elena, de Huelva; Hospital General de Especialidades, de Jaén; Hospital Infanta Margarita, de Cabra (Córdoba); Hospital Universitario Granada; Hospital C. Valle Pedroches, de Pozoblanco (Córdoba); dos en Hospital General, de Riotinto (Huelva); Hospital San Juan de la Cruz, de Ubeda (Jaén); Hospital Reina Sofía, de Córdoba, Hospital Virgen de las Nieves de Granada; Hospital Universitario Málaga; Hospital San Agustín, de Linares (Jaén) y Hospital de las Cruces, de Baracaldo (Vizcaya).

El año 1988 en un sólo caso (Hospital San Millán, de Logroño) la oferta de "LABORATORIOS AUSONIA, S.A." cubría los costos de producción (manifestados confidencialmente por la propia empresa), en cuatro casos el precio era inferior a una peseta y en otros 36 era inferior al 50% a los costos de producción y sólo en los seis casos restantes superaba el 50% de esos costos. Obtuvieron así Laboratorios Ausonia ser adjudicatarios en doce casos.

En 1989 las ofertas en concursos para obtener los suministros de pañales desechables a centros hospitalarios y clínicas de "Laboratorios Ausonia, S.A." en veintiocho casos no alcanzaban una peseta por unidad, en otros veintitrés no superaban el 50% de los costos de producción manifestados por la empresa y tan sólo en los restantes siete casos superaban ese 50% de costos. Obtuvo así, esta empresa ser adjudicataria en dieciocho casos de concursos en que participó.

En noviembre de 1988, según estudio llevado a cabo por ALEF, Gabinete de Estudios Económicos y Sociales, S.A., mediante una muestra de 176 entrevistas en centros hospitalarios de la Península y Baleares, un 48,9% dijeron utilizar bragas pañales de ARBORA y un 40,9% de AUSONIA y, aunque pudieran utilizarse de ambos en un mismo centro, en los casos en que se comprobó la existencia de esos pañales en los centros, 56,3% los tenían de ARBORA y 39,4% de AUSONIA, mientras que de todas las otras marcas se pudo comprobar existencias en sólo 3% de los casos.

Las pérdidas por estas ventas por debajo de coste no se contabilizaban por ARBORA y AUSONIA como gastos de publicidad y promoción.

En los mismos años 1988 y 1989 otras empresas productoras de pañales participaron en concursos para suministrarlos a centros de asistencia hospitalaria, haciendo ofertas de precios que cubrían sus costos (Unitex-Hartmann en 4 ocasiones en 1988 y en 8 en 1989, INDAS en 38 ocasiones en 1988 y en 37 en 1989), sin conseguir ser adjudicatarias de los concursos. Y en esos años una tercera empresa, TEMPO, S.A., ha manifestado haber intentado extender sus ventas ofertando sus pañales a tres Residencias de la Seguridad Social, pero renunciando en sus esfuerzos cuando se le hizo saber que había empresas que suministraban a precios muy bajos.

Con posterioridad a los hechos objeto de este expediente, las empresas "Procter and Gamble" y Finaf, s.p.a." han llegado a un acuerdo de joint-venture que afecta a sus operaciones de productos de protección sanitaria en el mercado europeo comunitario y también en España.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La empresa "ARBORA HOLDING, S.A., S. en C.", (antes ARBORA CORPORATION), tiene una proporción del mercado español de bragas-pañales desechables para la protección sanitaria de niños que permite afirmar que posee una posición de dominio en ese mercado. Es la empresa líder del mismo y casi dobla en ventas al siguiente productor "Laboratorios Ausonia, S.A.

La empresa "LABORATORIOS AUSONIA, S.A., ya por sí sola tiene una posición preeminente y tiene también una posición importante en el mercado de bragas-pañales desechables para protección sanitaria infantil, formando parte también de una empresa importante a nivel internacional. Además, su incardinación en una gran multinacional le permite una actividad con fuerte apoyo que refuerza esa posición.

La tercera empresa en importancia que opera en ese mercado tiene ventas en torno al 10% del total y es, por tanto, su volumen de ventas de aproximadamente una cuarta parte o menos de las de la dicha empresa líder y de alrededor de tan sólo un 40% de las de AUSONIA. Las demás empresas que operan en ese mercado tienen proporciones aún inferiores.

Conjuntamente, es evidente que las empresas ARBORA y AUSONIA tienen una posición de dominio en dicho mercado, ya que dominan de dos tercios a un 70% del total.

Según el artículo 2º, 2. a) de la Ley 110/1963, de 20 de julio, aplicable cuando los hechos contemplados en este expediente tuvieron lugar, "dos o más empresas gozan de posición de dominio para un determinado tipo de producto, cuando no existe competencia ... sustancial por parte de terceros en todo el mercado nacional."

Existen en el mercado español de bragas-pañales desechables para protección sanitaria infantil empresas que compiten, pero, frente al conjunto de las dos más importantes de ese mercado, ARBORA y AUSONIA, la competencia de todas las otras empresas, mucho menos importantes en cuanto a su participación, aún la de la que más contribuye, no puede ser calificada de sustancial. La actuación de la empresa líder y de la segunda empresa del mercado contemplado, no puede ser afectada de forma importante y significativa por las decisiones y actuaciones de las otras, mientras que el comportamiento de estas últimas se ve siempre afectado por lo que hagan las dos primeras.

No es preciso para la posición de dominio conjunta de dos empresas que existan acuerdos entre ellas para obrar de consuno. En tal caso podría estimarse que existe un acuerdo colusorio. Pero no es preciso de modo alguno el acuerdo para estimar que se da una situación fáctica de dominio del mercado.

2. La conducta persistentemente seguida por "ARBORA HOLDING, S.A., S. en C." (ARBORA CORPORACION cuando ocurrieron los hechos contemplados en este expediente) y por "LABORATORIOS AUSONIA, S.A., de concurrir de manera generalizada a concursos convocados para adjudicar el suministro de bragas-pañales infantiles a centros hospitalarios y clínicas con ofertas de esos productos a precios muy inferiores a los costes de producción para las empresas ofertantes y, en ocasiones, incluso ofreciéndolos gratuitamente, constituye una forma de abusar de la posición de dominio de que gozan las citadas empresas por ser una práctica lesiva para los intereses de los restantes competidores en ese mercado (artículo 2º, 1 de la citada Ley), que se han visto privados de concurrir a los concursos para suministrar bragas-

pañales infantiles desechables a los centros hospitalarios, excepto si se hubieran avenido a ofrecer sus productos con pérdidas importantes sobre sus costos como hacen las empresas incursas en el expediente.

No es preciso que las empresas que conjuntamente tienen posición dominante obren con acuerdo entre ellas, basta que con consciencia de su situación real en el mercado ejerciten su posición dominante en el mismo sentido y dirección. En el presente caso, hay algunas indicaciones de que pudo haber un comportamiento concertado entre ARBORA y AUSONIA, al concurrir una u otra empresa, pero no las dos a la vez, a determinados concursos --aunque en otros casos concurrieron ambas y, en algunos, obtuvieron adjudicaciones conjuntamente-- y al coincidir en precios muy concretos y bien alejados de los costos, en cinco casos los ofertados por ambas. Pero, aún sin tomar en cuenta posibles acuerdos entre empresas, se aprecia en el comportamiento de ambas el ejercicio abusivo de la fuerte posición de dominio que poseen en el mercado español de bragas-pañales infantiles desechables.

Se ha afirmado que la proporción de bragas-pañales que se adquieren mediante concursos por los hospitales y centros de asistencia sanitaria es muy pequeña en comparación con el volumen total de ventas en ese mercado. Pero la importancia que tiene la obtención temprana de clientela, que frecuentemente se mantiene fiel a la primera marca conocida, determina una mayor gravedad de efectos de la operación, ya que hará muy difícil el que los productores que no fueron prontamente conocidos puedan desplazar en las preferencias de los consumidores a quienes lograron que sus productos fueran los primeros en ser utilizados.

Se trata, pues, en este caso de una forma de abuso de posición dominante mediante una práctica consistente en una política tendente a eliminar a los competidores por medios desleales --precios predatorios-- recogida en el apartado d) del artículo 3º de la Ley 110/1963.

Las ventas a precios predatorios constituyen un medio que se estima desleal y reprobable como sistema de competencia. No importa que no se haya obtenido de hecho la eliminación de los competidores, como han alegado los expedientados, citando incluso alguna antigua Resolución de este Tribunal. Es bastante que la práctica tienda a ese fin, conforme dice el texto legal citado. Pero, además, también parece que se ha obtenido el resultado de que no pretendan ya algunos competidores participar en los concursos para suministrar a centros sanitarios.

3. Tampoco pueden acogerse los argumentos de que no se perjudica con el sistema adoptado por ARBORA y AUSONIA a los competidores porque si éstos no participan en concursos es porque no les interesa. Ciertamente alguna de las empresas que operan en este mercado han manifestado no acudir a esa forma de venta e, incluso en algún caso, que se benefician de la promoción así realizada del producto, por otras empresas, captándolos, luego, ellos mediante la oferta a mejores precios en hipermercados. Pero hay constancia de otras empresas que han visto rechazar sus ofertas hechas con precios que cubrían sus costos y, ante la conducta de ARBORA y AUSONIA, se han visto obligadas a dejar de participar en los concursos para suministro a centros hospitalarios.

Tampoco puede admitirse que el método adoptado por ARBORA y AUSONIA no es contrario a la competencia y sí, sólo, una forma de hacer publicidad eficiente e, incluso, más barata que otras formas clásicas de publicidad. En primer lugar, no se contabilizan las pérdidas de estas ventas como gastos publicitarios. Tal vez no habría que hacer objeciones a una forma de promoción publicitaria consistente en obsequiar a las madres con bragas-pañales infantiles gratuitos con ocasión de los nacimientos de sus hijos, pero no puede admitirse un sistema que impide en su origen la participación en la competencia de las otras empresas mediante el empleo de precios predatorios para los productos ofertados. Y no se opone tampoco a lo antes dicho el que haya una fuerte competencia en el mercado contemplado. Muy probablemente la hay, si se tiene en cuenta que la demanda no puede crecer una vez que la gran mayoría de la población que puede adquirir el producto está ya convencida de las ventajas de su utilización, sin necesidad de insistir aún en su enseñanza, y efectivamente lo usa, y teniendo en cuenta, por otra parte, que el bajo índice de natalidad del país, que se mantiene en los últimos años, no permite asegurar o prever en un futuro cercano un aumento de la demanda.

En ese marco de competencia generalizada en este mercado, sin embargo, no puede admitirse cualquier método de competir si, como en el presente caso, se introducen elementos que impiden la libre competencia basada en las reales cualidades del producto y en el esfuerzo legítimo de las empresas en su organización. También cuando existe una situación de competencia es sancionable la actividad ilegítima contraria a la misma, lo mismo que cuando la conducta anticompetencial impide que aparezca una situación de libre competencia en un mercado en que aún no existe.

4. En definitiva, no pudiendo acogerse los argumentos de las empresas de finalidad exculpatoria, procede en el presente caso declarar la existencia de prácticas prohibidas consistentes en abuso de la posición dominante mantenida por las empresas "ARBORA HOLDING, S.A., S. en C." y

"LABORATORIOS AUSONIA, S.A." en el mercado español de bragas-pañales infantiles desechables, práctica en la que han reconocido continuar por lo que procederá intimarlas a cesar en la misma.

Procede, además, teniendo en cuenta la importancia de las prácticas apreciadas, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15,b) y 28 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, proponer al Consejo de Ministros la imposición de una sanción que habrá de estimarse en una proporción inferior al 30% del valor de lo facturado por la venta del producto objeto de las prácticas durante el período en que las mismas se han realizado. A este respecto y aunque ambas empresas han reconocido un volumen de negocio casi similar en la actualidad, hay que tener en cuenta que las ventas de pañales de ARBORA en 1988 y 1989 fueron bastante más elevadas que las del mismo producto por AUSONIA pudiendo estimarse las de esta última en torno a un 60% de las de ARBORA, por lo que en esa proporción habrán de evaluarse las multas a proponer al Consejo de Ministros.

VISTAS las normas aplicables al caso y las de general aplicación.

La Sección Primera del Tribunal de Defensa de la Competencia:

RESUELVE

1. Declarar que en el presente expediente resulta acreditada la existencia de una práctica prohibida por la Ley 110/1963, de 20 de julio, consistente en abuso de posición de dominio en el mercado de bragas-pañales infantiles desechables, mediante oferta de suministro en los concursos convocados por centros hospitalarios a precios notablemente inferiores a los precios de costo, aplicándose así una política comercial de competencia desleal tendente a eliminar a los competidores, siendo autores de esta práctica las empresas "ARBORA HOLDING, S.A., S. en C." y "LABORATORIOS AUSONIA, S.A."
2. Intimar a las mencionadas empresas para que cesen en esas prácticas y se abstengan en el futuro de realizarlas, apercibiéndoles de que, en caso de incumplimiento, incurrirán en las responsabilidades establecidas en la Ley.
3. Proponer al Consejo de Ministros, por mediación del Ministro de Economía y Hacienda, la imposición de sanciones económicas a las empresas infractoras en cuantía de: veintisiete millones de pesetas a "ARBORA HOLDING, S.A., S. en C." y quince millones de pesetas a "Laboratorios AUSONIA, S.A."

Una vez definitiva en vía administrativa esta Resolución se publicará la intimación en el Boletín Oficial del Estado, en tres diarios de los de más circulación del país y en el de mayor tirada de la provincia de Barcelona.

Notifíquese a los interesados esta Resolución y comuníquese al Servicio de Defensa de la Competencia, haciendo saber a los primeros que contra la misma podrán interponer en el plazo de diez días a contar del siguiente al de la fecha de la recepción de la notificación, recurso de súplica ante el Pleno del Tribunal.