

RESOLUCIÓN (Expte. r 690/06, Operadores Sector Distribución)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Luís Berenguer Fuster, Presidente

D. Javier Huerta Trolèz, Vocal

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal

D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal

D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal.

Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal

D. Julio Costas Comesaña, Vocal

Dña. M^a Jesús González López, Vocal

En Madrid, a 22 de noviembre de 2006.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, Tribunal o TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Vocal D^a. María Jesús González López, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de recurso r 690/06 (2694/06 del Servicio de Defensa de la Competencia; en lo sucesivo, Servicio, SDC), interpuesto por D. F. de A. Z., por un supuesto pacto colusorio entre los distintos operadores del sector de la distribución para no robarse los empleados, en especial a los profesionales de los productos frescos, lo que en opinión del denunciante constituye una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 26 de abril de 2006 tuvo entrada en el Tribunal de Defensa de la Competencia, un escrito presentado por D. F. de A. Z., en el que denuncia una infracción del artículo 1 de la LDC cometido por las empresas de distribución, mediante un acuerdo para no “robarse” los trabajadores, lo que, en palabras del denunciante, perjudica a *“un colectivo aún más indefenso que el de los consumidores: el de los asalariados”*. La denuncia, muy escueta, se apoya en declaraciones aparecidas en los periódicos Expansión y El Mundo, y adjunta el artículo. “Se impone el robo de empleados” de “Expansión & EMPLEO” de fecha 22 y 23 de abril de 2006, en el que se recogen unas declaraciones de la Directora de RR.HH. de CAPRABO. Los párrafos que subraya el denunciante son las declaraciones atribuidas a la

Directora de CAPRABO según las cuales, “en ese sector (en referencia a la distribución) las empresas tienen una especie de acuerdo tácito para no robarse a los empleados, especialmente a los profesionales de los productos frescos que son los más demandados” y en particular, el entrecomillado *“Esto nos permite controlar la retribución, en un sector en el que los márgenes de negocio no son demasiado elevados, pero no nos resuelve el problema principal, que es la escasez de candidatos”*.

2. El TDC remitió dicho escrito al SDC con fecha 27 de abril de 2006.
3. Por Acuerdo de fecha 22 de mayo de 2006, el Servicio archivó la denuncia al no observar indicios de conductas prohibidas por la LDC.
4. Por escrito de 29 de mayo de 2006, con entrada en el TDC el 31 de mayo, el denunciante presentó recurso contra el Acuerdo de archivo del Servicio, solicitando la revocación del mismo y la continuación de la tramitación de expediente.
5. En cumplimiento del artículo 48.1 de la LDC, el Servicio remitió el 6 de junio de 2006 los antecedentes y las actuaciones seguidas y el informe preceptivo en el que señala que el recurso se ha interpuesto dentro del plazo de diez días establecido en el artículo 47 de la LDC. Respecto a las alegaciones del recurrente, el Servicio insiste en que no todos los acuerdos entre competidores caen bajo la prohibición de la LDC.
6. El 15 de junio de 2006, el Pleno del TDC admite a trámite el recurso, nombrando ponente a D. Antonio Castañeda Boniche, y lo comunica a los interesados para alegaciones.
7. Con fecha 4 de julio de 2006 la representación legal de CAPRABO, S. A. (CAPRABO) presenta una única alegación, en la que mantiene que el acto o conducta denunciada no presenta *“indicios razonables de conducta prohibida por el artículo 1 LDC”* y declara que *“en ese ámbito no existe, ni ha existido, ningún pacto expreso ni tácito”* y solicita se desestime el recurso por no existir tipicidad de la conducta.
8. El 12 de julio de 2006 el recurrente se ratifica en su recurso y en los argumentos expuestos en el mismo, insistiendo en que la conducta denunciada restringe la competencia en el mercado laboral del

colectivo afectado con el efecto de reducir sus salarios por debajo de los del mercado y en beneficio de las empresas en colusión.

9. Por Providencia de 20 de julio de 2006 del Pleno del Tribunal se acuerda el cambio de ponente por finalización del mandato del anterior ponente.
10. El Pleno del Tribunal debatió y falló este recurso en su sesión del día 15 de noviembre de 2006.
11. Son interesados:
 - D. F. de A.Z.O.
 - CAPRABO, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del recurso es el archivo por el SDC de la denuncia presentada por D. F. de A.Z.O. por supuesta infracción al artículo 1 de la LDC, de las actuaciones de los operadores del sector de la distribución para no “robarse” los empleados, en especial a los profesionales de los productos frescos.

SEGUNDO.- El artículo 1.1 de la LDC relativo a las “conductas prohibidas” define el ámbito de la prohibición, *“todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional...”*. Por tanto, para que sea aplicable la normativa de competencia a un acuerdo debe existir ese acuerdo, ya sea expreso o tácito, y de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia (Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 1998) debe cumplir al menos una de las siguientes tres premisas: a) que tenga por “objeto” impedir, restringir o falsear la competencia, aunque no lo consiga; b) que tenga el “efecto” de hacerlo, aunque no hubiera el propósito y, c) que, sin producir el “efecto” ni perseguirlo, tenga “aptitud” para ello.

El SDC, teniendo en cuenta lo anterior concluye en el Acuerdo de archivo objeto del recurso, que no todos los acuerdos entre empresas están prohibidos por la LDC, y que sólo *“los que afectan o puedan afectar negativamente a los intercambios comerciales y, por tanto, a la competencia, lo están. No hay que olvidar que el objetivo específico de la LDC, como se*

señala en su Exposición de Motivos, no es otro que garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, por lo que el resto de intereses sólo tendrán acogida de forma secundaria en la LDC cuando coincidan con el objetivo de la misma”.

Y añade aún el SDC que, “De la naturaleza de los propios hechos denunciados se desprende que el acuerdo se refiere sólo y exclusivamente al mercado laboral, pudiéndose encuadrar el mismo en las facultades que tiene toda empresa de contratar o no a determinados trabajadores en el ámbito de la actividad que desarrolla”.

“A la vista de lo anterior, se trataría de un acuerdo que no tiene finalidad anticompetitiva, que sólo afectaría al ámbito del mercado laboral, por tanto sin trascendencia significativa en el correcto funcionamiento de los mecanismos del mercado en régimen de libre competencia, por lo que al no alterar las condiciones de competencia en el mercado no le sería de aplicación el artículo 1 de la LDC”.

Y concluye que, “En consecuencia, al no observarse indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC, procede archivar la denuncia conforme a lo establecido en su artículo 36”.

TERCERO.- En su escrito de alegaciones el recurrente refuta la falta de afectación de la competencia y refiriéndose al mercado laboral de “empleados de distribución de alimentos frescos” dice de los operadores de sector de distribución que, “.. no compran los servicios que necesitan porque han alcanzado un acuerdo para no hacerlo y ello perjudica a la competencia en el sector de la oferta de servicios de los empleados de la distribución de alimentos frescos, que son millares en España. Nadie discute el derecho de una empresa a contratar o no a un empleado; lo que infringe la legislación sobre la Competencia, sin embargo, es que hay un acuerdo con otras empresas para no hacerlo.”

CUARTO.- Este Tribunal coincide con el Servicio, en que no todos los acuerdos entre empresas caen bajo la prohibición de la LDC, sino aquéllos que, como queda recogido más arriba tienen por objeto, o como efecto, la afectación de la competencia, o al menos tienen aptitud para hacerlo. No coincide, sin embargo, este Tribunal en la aseveración de que sólo afectan a la competencia los acuerdos que “afectan o puedan afectar negativamente a los intercambios comerciales”, realizada sin un análisis previo del mercado

afectado, pues el artículo 1.1 de la LDC solo exige que la conducta produzca o pueda producir el efecto de restringir la competencia. Tampoco comparte este Tribunal la exención, absoluta y sin matizaciones que hace el acuerdo de archivo, del mercado laboral del ámbito de aplicación de las normas de competencia. La mano de obra, y más como en este caso la mano de obra especializada, puede ser un factor de competencia importante entre los operadores del sector de distribución. Desde esta perspectiva, un acuerdo de no competencia entre operadores competidores, repartiéndose la oferta de un medio de producción, que además es escaso, estaría sujeto al ámbito de aplicación de la LDC, porque estaría alterando, o podría alterar, la competencia en el mercado de los operadores de distribución minorista. Y eso al margen del medio de producción de que se trate, sin perjuicio de que el mercado de trabajo, por sus características de mercado con regulación especial, tenga un tratamiento legal diferenciado.

QUINTO.- Sin perjuicio de lo expuesto en el punto anterior, en el caso en cuestión denunciado, este Tribunal coincide con el Servicio en que no existen indicios suficientes de conducta prohibida que pueda afectar a la competencia y que aconsejen proseguir el expediente. Ni la denuncia inicial, ni las posteriores alegaciones del denunciante ante este Tribunal contienen indicios suficientes para considerar que pueda existir un acuerdo colusorio -expreso o tácito- restrictivo de la competencia, entre los operadores del sector de distribución.

Del artículo de periódico que ha servido de base para la denuncia no puede deducirse que exista un acuerdo tácito, y mucho menos expreso, entre los operadores del sector para no competir por los empleados. Más bien parece deducirse que los operadores, sin acuerdo alguno y de forma autónoma, actúan de forma racional, evitando entrar en una “guerra” entre sí por conseguir los empleados con experiencia, que la tienen por estar prestando servicio en otro establecimiento comercial. Es más, el propio artículo recoge a continuación que el establecimiento de la responsable entrevistada, objeto de la denuncia, ha puesto en marcha *“un supermercado escuela, que le permite hacer cantera y fidelizar a sus trabajadores”*. De existir un acuerdo, incluso tácito, de no contratación del personal del competidor, que se aplicara y tuviera efecto, no habría necesidad de incurrir en gastos de fidelización del personal.

En conclusión, este Tribunal coincide con el Servicio en que no existen ni en la denuncia, ni en las alegaciones presentadas ante este Tribunal, indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC, por lo que de acuerdo con el artículo 36.3 de la LDC, no se considera que exista base para iniciar el

procedimiento y procede desestimar el recurso y confirmar el Acuerdo de archivo dictado por el Servicio.

En su virtud, este Tribunal, por mayoría de sus miembros,

HA RESUELTO

Desestimar el recurso interpuesto por D. F. de A.Z. contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 22 de mayo de 2006, por el que se archivan las actuaciones derivadas de la denuncia presentada por el mismo, contra los operadores del sector de la distribución en general, por supuesto pacto colusorio para no “robarse” los empleados, en particular los empleados de distribución de alimentos frescos.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que es definitiva en vía administrativa, pudiendo interponerse contra la misma recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.