

RESOLUCIÓN (Expte. r 357/99, Makro)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Huerta Trolèz, Vocal
Franch Meneu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 7 de junio de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D. José Hernández Delgado, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 357/99 (1854/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio) incoado para resolver el recurso interpuesto por la entidad mercantil "Promotora del Comercio Minorista S.R.L. unipersonal" (en adelante, PCM) contra el Acuerdo del Servicio, de 26 de enero de 1999, por el que se archiva su denuncia contra Makro Autoservicio Mayorista S.A. (en adelante, Makro) por supuestas prácticas prohibidas por el art. 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, (en adelante, LDC), consistentes en vender a consumidores o usuarios finales, aún cuando su actividad declarada es la de comercio mayorista, falseando el funcionamiento competitivo del mercado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante escritos de 30 de julio y 14 de agosto de 1998 la sociedad PCM denunció ante la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia a Makro. Según la denunciante:
 - Para adquirir mercancía en los distintos centros de Makro, el único requisito que se exige es el de estar dado de alta en el Impuesto de Actividades Económicas, pudiendo ser la mercancía comprada para uso como consumidor final y no ser integrada en los procesos de producción, comercialización o prestación a terceros correspondientes a la actividad del propio comprador. Además, en virtud de diversos

acuerdos con Colegios Profesionales y Universidades, regala los llamados "pasaportes" (tarjeta que habilita para adquirir mercancías en sus centros) a los colegiados o universitarios con la finalidad de que compren en sus establecimientos, realizando así la actividad de comercio minorista.

- Makro está ejerciendo un fraude de ley ya que, al amparo de las normas que regulan la actividad de comercio mayorista, está eludiendo la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (en cuanto a horarios, días de apertura, etc) y la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios (en cuanto a devoluciones, protección de los consumidores, etc) infringiendo, por tanto, el art. 15 de la Ley 3/91, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD).
 - Makro actúa así en sus diecinueve centros, distribuidos por la geografía española, por lo que se trata de *"un fraude de ley de grandes dimensiones que falsea gravemente la competencia en el sector del comercio en gran parte del territorio nacional"*.
2. El Servicio, después de realizar una información reservada, dictó Acuerdo, de 26 de enero de 1999, por el que decretaba el archivo de la denuncia como consecuencia de considerar que al no observarse indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC no procede la incoación de expediente.
 3. La denunciante recurrió dicho Acuerdo de archivo ante el Tribunal mediante escrito, con fecha de entrada 12 de febrero de 1999, en el que básicamente muestra su disconformidad con el análisis del Servicio y considera que existen indicios racionales para abrir expediente, proponiendo la práctica de diversas pruebas.
 4. Mediante escrito de 15 de febrero, el Tribunal solicitó al Servicio la remisión del informe sobre el citado recurso, así como las actuaciones seguidas según lo dispuesto en el art. 48.1 LDC. El Servicio, mediante escrito de 18 de febrero, comunicó que el recurso había sido interpuesto dentro del plazo de diez días establecido en el art. 47 LDC. En cuanto al fondo, el Servicio se reafirma en la motivación dada para proceder al archivo de las actuaciones, considerando que las alegaciones expuestas por la recurrente no desvirtúan las razones que fundamentaron el Acuerdo de archivo.
 5. Por Providencia de 22 de febrero de 1999 se puso de manifiesto el expediente a la interesada para que formulara alegaciones.

6. En su escrito de alegaciones, con fecha de entrada en el Tribunal 15 de marzo de 1999, PCM reitera su petición criticando las razones que llevaron al Servicio al archivo de la denuncia. En especial, considera que: a) Makro, según sus propias afirmaciones, no exige estar dado de alta en el Impuesto de Actividades Económicas a todos los compradores; b) del hecho de que un profesional compre, no se deriva que la compra va a ser incorporada a su proceso productivo (sea comercial, industrial o profesional); c) las ventas minoristas no son ocasionales y d) es posible controlar si las ventas realizadas son para autoconsumo o no lo son.
7. El Pleno del Tribunal en su reunión del 27 de abril de 1999 deliberó y falló sobre el expediente encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
8. El único interesado es Promotora del Comercio Minorista S.R.L. unipersonal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Antes de entrar a examinar el fondo del asunto hay que resolver una cuestión previa, la práctica de determinadas pruebas solicitadas por la recurrente. A este respecto el Tribunal ha mantenido el criterio de que en los expedientes de recurso no existe un verdadero proceso probatorio, tal como está regulado por la LDC en sus artículos 40 y 41 previstos en las disposiciones relativas a la fase de resolución por este Tribunal de los expedientes sancionadores o de autorización previamente instruidos por el Servicio. Este hecho está en concordancia con el carácter sumario del procedimiento para la tramitación de los recursos. Sólo excepcionalmente se ha admitido la práctica de prueba por el Tribunal cuando la información obrante en el expediente no le permite disponer de los elementos necesarios para fundar su decisión y éstos no pueden ser aportados por las partes. En el presente caso, el Tribunal considera que en el expediente hay suficientes elementos para dictar Resolución por lo que no estima necesaria la práctica de las pruebas solicitadas.
2. Por lo que se refiere al fondo del expediente, los recursos contra el archivo de las actuaciones realizadas al amparo del art. 36.2 LDC han de resolverse limitándose a decidir si resulta acertada la decisión del Servicio de no abrir expediente porque los datos de que disponía eran suficientes para afirmar que no hay indicios racionales de conductas que vulneren alguna de las prohibiciones incluidas en la LDC.

En este caso, se ha denunciado el que Makro supuestamente infringe el art. 7 LDC al vender a consumidores o usuarios finales, aún cuando su actividad declarada es la de comercio mayorista, falseando el funcionamiento competitivo del mercado.

El art. 7 LDC establece que el Tribunal tiene atribuciones para conocer de los actos de competencia desleal que, por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afecten al interés público. Por tanto, dicho artículo no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad ni proteger, directamente, los intereses de los competidores perjudicados, de lo que se encarga la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. La LDC es una norma de derecho público que persigue una finalidad de interés público: que las conductas desleales no falseen el funcionamiento competitivo del mercado.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal (véase por todas la Resolución de 9 de octubre de 1991, Expte. A 13/91, SUVECA) tres son los requisitos que el mencionado precepto de la LDC exige para que proceda su aplicación:

1º.- La existencia de un comportamiento que pueda tipificarse como de competencia desleal, para lo cual habrá que recurrir a la Ley 3/1991, de Competencia Desleal.

2º.- Que dicho comportamiento afecte al interés público, esto es, a la libre competencia en el mercado, que aparece configurada como el bien jurídico protegido por la LDC.

3º.- Que la afectación sea importante, o lo que es lo mismo, que tenga entidad suficiente como para causar una grave perturbación en los mecanismos que regulan el funcionamiento del mercado.

3. En el caso objeto del expediente no se dan los citados requisitos y, por tanto, no procede la aplicación de la LDC, puesto que, aun en el supuesto de que Makro infringiera la Ley de Competencia Desleal, no se falsea de modo sensible la competencia. Hay que tener en cuenta que, aunque en términos absolutos el volumen de ventas de dicha empresa es ciertamente elevado, si se pone en relación con las ventas totales del mercado afectado por la actuación de Makro, que (como reconoce la propia recurrente) es el de la distribución, su cuota de mercado se sitúa en una cifra reducida de en torno al 2 por ciento (según la documentación aportada por la recurrente, del 1,84%). Por tanto, incluso en el supuesto extremo, que evidentemente no ocurre, de que la totalidad de las ventas de dicha empresa se dirigiesen a consumidores finales no cabría apreciar un falseamiento sensible de la libre competencia, máxime cuando Makro, por sus características (lejanía del centro de las ciudades y

compras de grandes cantidades), no competiría con el pequeño comercio tradicional, sino con las grandes cadenas de hipermercados, cuyos dos principales exponentes ostentan cuotas de mercado en el sector de la distribución de en torno al 13 y 10 por ciento respectivamente.

Es más, desde una óptica exclusivamente económica y haciendo abstracción de la normativa existente (que, en general, en el sector de la distribución más restringe la competencia que la promueve), lo que, en todo caso, produciría la conducta denunciada, en el caso de realizarse, más allá del posible daño a otros competidores, es un aumento en las posibilidades de elección de los consumidores, con el consiguiente aumento del bienestar colectivo.

4. Evidentemente, esta consideración no excluye que la recurrente pueda ejercitar, si lo estima oportuno, en defensa de su interés particular, las correspondientes acciones civiles ante la jurisdicción ordinaria.
5. Por lo expuesto, procede desestimar el recurso y confirmar el Acuerdo del Servicio de 26 de enero de 1999 por el que se archiva la denuncia de PMC dado que los hechos denunciados no están tipificados entre las conductas prohibidas por la LDC.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Unico. Desestimar el recurso interpuesto por Promotora del Comercio Minorista S.R.L. unipersonal contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 26 de enero de 1999 por el que se archiva su denuncia contra Makro Autoservicio Mayorista S.A., confirmando dicho Acuerdo.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que agota la vía administrativa y que contra ella sólo se puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar de su notificación.