

## **RESOLUCIÓN (Expte. r 332/98, Porvasal)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente  
Berenguer Fuster, Vicepresidente  
Bermejo Zofío, Vocal  
Alonso Soto, Vocal  
Hernández Delgado, Vocal  
Rubí Navarrete, Vocal  
Castañeda Boniche, Vocal  
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 4 de diciembre de 1998.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada arriba y siendo Ponente D. Julio PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente r 332/98 (1862/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, Servicio) incoado para resolver el recurso interpuesto por Porvasal SA (PORVASAL) contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 7 de agosto de 1998, mediante el que archiva las actuaciones seguidas por la denuncia de la recurrente contra la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE), el Grupo de Empresas Álvarez SA (GEA) y Porcelanas del Norte SAL (PONSAL) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en haber otorgado las dos primeras entidades a estas dos últimas empresas determinadas ventajas en perjuicio del resto de las empresas pertenecientes al mismo sector, lo que a juicio de la denunciante constituye infracción de los arts. 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 21 de septiembre de 1998 tiene entrada en el Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal, TDC) un escrito de PORVASAL, presentado el día 10 del mismo mes en la Delegación Especial del Ministerio de Economía y Hacienda de Valencia, mediante el que interpone recurso contra el Acuerdo del Servicio de 7 de agosto de 1998 por el que se archivan las actuaciones

seguidas por la denuncia formulada por la recurrente contra las entidades y empresas reseñadas en el encabezamiento por supuestas prácticas prohibidas en los arts. 1, 6 y 7 LDC consistentes en el otorgamiento de las primeras a las segundas de quitas o condonaciones de deuda en perjuicio de la competencia y de los competidores.

2. El Acuerdo del Servicio de 7 de agosto de 1998 que ahora se recurre hace constar que otra denuncia por los mismos hechos había sido presentada con anterioridad por la actual denunciante contra TGSS, IDAE, GEA y además contra la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), acusándolas en aquella ocasión de haber conculcado los arts. 6 y 7 LDC. El Servicio archivó entonces sus actuaciones (20-III-98), en decisión que fue recurrida por la denunciante. El 29 de mayo de 1998 el Tribunal dictó Resolución (expte. r 310/98) rechazando el recurso por extemporáneo.

El Servicio recoge en su Acuerdo de 7 de agosto de 1998 el texto de su anterior Acuerdo de archivo de 20 de marzo de 1998, en el que hacía notar al respecto principalmente: a) que los organismos denunciados (TGSS y IDAE, ahora; y también AEAT, entonces) no son operadores económicos que puedan disfrutar de posición de dominio en ningún mercado, por lo que no pueden haber contravenido el art. 6 LDC; b) que los hechos denunciados únicamente pueden ser tipificados como ayudas públicas, que no están prohibidas por el ordenamiento jurídico interno, por lo que su concesión no constituye competencia desleal alguna y, consecuentemente, no procede la aplicación del art. 7 LDC.; c) que las ayudas públicas únicamente están prohibidas por el ordenamiento jurídico comunitario cuando resulten incompatibles con el mercado común en los términos del art. 92 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), y que, habiendo comunicado las autoridades españolas a la Comisión las medidas adoptadas respecto a GEA, todavía la Comisión no se ha pronunciado al respecto.

En su Acuerdo de 7 de agosto de 1998 el Servicio, por otra parte, considera que su anterior Acuerdo de Archivo de 20 de marzo de 1998 ha devenido firme y que los hechos denunciados ahora respecto a PONSAL son idénticos *mutatis mutandis* a los contenidos en la denuncia inicial contra GEA e igualmente aplicables los fundamentos de derecho que motivaron el primer acuerdo de archivo; además, el Servicio hace notar que la denunciante aporta copia de la Comunicación de la Comisión Europea en relación con la ayuda a PONSAL, lo que demuestra que la concesión de ayudas de Estado está siendo objeto de investigación por la Comisión. Finalmente, el Servicio considera que la calificación adicional de los hechos como contrarios al art. 1 LDC, que en la nueva denuncia se hace, es inapropiada y no modifica en nada los razonamientos contenidos en el primer Acuerdo de archivo, puesto que la condonación de deudas y la concesión de ventajas financieras con fondos

públicos no constituyen técnicamente acuerdos prohibidos por el art. 1 LDC (ni por el art. 85 TCE), sino ayudas públicas que deben tratarse, en su caso, con arreglo al art. 19 LCD (y el art. 92 TCE).

En tales circunstancias, el Servicio mantiene el criterio de que las motivaciones dadas para el archivo de la primera denuncia son igualmente aplicables a la segunda y que no procede que, al menos por el momento, deba ser objeto de aplicación el art. 19 LDC.

3. El recurrente impugna el acto de archivo del Servicio y hace varias alegaciones que, en lo que pudieran referirse al asunto que se ventila en el actual expediente, quedan resumidas a continuación: 1º) Las dos denuncias no son iguales, porque van contra sujetos diferentes y por distintos hechos. 2º) El Acuerdo de archivo recurrido está insuficientemente motivado, al no justificar la inexistencia de abuso de posición dominante ni de competencia desleal que se denuncia. 3º) Todos y cada uno de los denunciados son operadores económicos, siéndolo por ello las entidades públicas TGSS e IDAE, por cuanto intervienen en el mercado de las actividades comerciales y de prestación de servicios, y tienen una posición dominante que les permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado considerado, cuando participan dentro de él mediante el control y gestión del cumplimiento de la legalidad vigente, señalando que la responsabilidad de estos denunciados debe ser declarada a partir de un concepto funcional de empresa según el cual será empresa cualquier sujeto de la actividad económica que intervenga en el mercado. 4º) Las conductas objeto de la denuncia constituyen una explotación abusiva de posición dominante, al ser tanto la TGSS como el IDAE monopolios legales que, en el presente caso, han actuado de manera arbitraria. 5ª ) Al mismo tiempo, estas conductas suponen actos de competencia desleal, por haberlos llevado a cabo de modo contrario a la buena fe y en violación de normas; y, todo ello, falseando de manera sensible el mercado relevante con afectación del interés público. 6º) Además, se alega por la recurrente que los hechos denunciados constituyen acuerdos y prácticas de los que prohíbe el art. 1 LDC, porque las condonaciones y las ayudas otorgadas a GEA y PONSAL suponen la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes por parte de las *"Administraciones denunciadas, (cuyos servicios) deben ser lo mismos para todos los competidores, no pudiendo actuar nunca éstas de forma arbitraria que coloque al resto en situación de desventaja"*. 7º) Finalmente, y aunque considera que no se está en presencia de un caso de ayudas públicas, el recurrente alega que si el Servicio sí lo cree el mismo está obligado a abrir el procedimiento previsto en el art. 19 LDC o a motivar su negativa, si tal fuera el caso.

4. El 21 de septiembre de 1998 el Tribunal remite fotocopia del recurso al

Servicio, recabándole el preceptivo informe, la remisión del expediente, que precise la fecha de notificación del Acuerdo al denunciante para poder apreciar si el recurso está presentado en plazo hábil, y si es bastante la representación con la que actúa el recurrente.

5. El Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, mediante escrito que tiene entrada en el Tribunal el 24 de septiembre de 1998, informa: 1º) Que el recurso ha sido interpuesto en tiempo hábil. 2º) Que es bastante el apoderamiento de quien actúa como recurrente. 3º) Que, a pesar de las alegaciones del recurrente, el Servicio se mantiene en su valoración de que las actuaciones de los organismos denunciados equivalen a la cesión de fondos públicos y no constituyen actividad económica alguna. Considera que técnicamente constituyen ayudas públicas a las que son de aplicación los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad y, en su caso, el capítulo III de la LDC. Termina el Servicio su informe afirmando que corresponde en este caso analizar si la actividad denunciada supone la existencia de ayudas públicas con efectos sobre las condiciones de competencia o bien, si se considera que constituye una conducta desleal, promover la correspondiente acción ante los tribunales ordinarios. El Servicio, además, es de la opinión de que, al menos mientras duren los procedimientos comunitarios abiertos, no procede la aplicación del art. 19 LDC. Por todo ello, el Servicio entiende que no se desvirtúa el contenido de su Acuerdo de archivo que considera que debe mantenerse.
6. El 1 de octubre de 1998 el Tribunal acuerda Providencia que se comunica fehacientemente a los interesados, en la que designa Ponente al Vocal D. Julio Pascual y Vicente, y en la que, de acuerdo con lo establecido en el art. 48.3 LDC, se ordena poner de manifiesto el expediente a los interesados, a fin de que formulen alegaciones y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes dentro del plazo legal.
7. El 26 de octubre de 1998 tiene entrada en el Tribunal un escrito, en plazo hábil, de la representación de PONSAL en el que solicita la confirmación del Acuerdo de archivo del Servicio, alegando que comparte y hace suyos los fundamentos jurídicos contenidos en éste, así como que la recurrente tergiversa los hechos y los califica inadecuadamente, no habiéndose dado ningún acto de competencia desleal, abuso de posición dominante ni falseamiento de la competencia, sino únicamente el otorgamiento de unas ayudas de carácter público sobre las que no versa prohibición alguna, ni en el ordenamiento interno ni en el comunitario.
8. El día 26 de octubre de 1998 tiene entrada en el Tribunal un escrito, en plazo hábil, del Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social, en el que solicita la desestimación del recurso y, consecuentemente, la

confirmación del Acuerdo de archivo del Servicio. Este escrito contiene diversas alegaciones cuyo contenido se resume a continuación: a) La TGSS es un servicio público que no actúa como operador del mercado, no infringiendo los arts. 1, 6 y 7 LDC; y b) La Ley General de la Seguridad Social, en su art. 24, autoriza a la TGSS a realizar los acuerdos y convenios de condonación de deudas que proceda, por lo que existe pleno amparo legal para estos actos.

9. El día 27 de octubre de 1998 tiene entrada en el Tribunal un escrito, en plazo hábil, del IDAE, en el que se solicita la desestimación del recurso y, consecuentemente, la confirmación del Acuerdo de archivo del Servicio. En este escrito el IDAE alega que, estando bajo análisis de la Comisión Europea la situación del Grupo de Empresas Álvarez y del Grupo Ponsal, el Tribunal de Defensa de la Competencia no debería adoptar ninguna decisión al respecto, al menos mientras no termine su trabajo la Comisión, resultando de aplicación al caso el art. 44 LDC, máxime atendiendo a la supremacía del derecho comunitario respecto a la legislación española en esta materia.
10. El día 27 de octubre de 1998 tiene entrada en el Tribunal un escrito, en plazo hábil, del Grupo de Empresas Álvarez, en el que se manifiesta que la denunciante ha presentado una nueva denuncia que, por lo que respecta al Grupo de Empresas Álvarez, contiene los mismo hechos y los mismos elementos de derecho que los incluidos en otra denuncia anterior que fue archivada por el Servicio y cuyo Acuerdo ha devenido firme, lo cual pone en evidencia la mala fe procesal de la denunciante, por lo que, desde un punto de vista procesal, y sin entrar en el fondo del asunto, esa parte entiende que está conforme a derecho el Acuerdo del Servicio de 7 de agosto de 1998.
11. El día 5 de noviembre de 1998 tiene entrada en el Tribunal un escrito de PORVASAL, presentado, en plazo hábil, el día 28 de octubre de 1998, en la Delegación Especial del Ministerio de Economía y Hacienda de Valencia, en el que se dan por reproducidos los escritos de denuncia y de recurso, así como los documentos portados al expediente, y se añade: a) que, posteriormente a la denuncia, la Comisión Europea ha dictado una Decisión relativa a PONSAL y otra empresa, sobre una ayuda pública distinta de los hechos denunciados, que pone en evidencia la ilegalidad de ciertas ayudas de las Administraciones públicas de España; b) que han aparecido nuevas noticias en la prensa (que se acompañan) sobre ayudas públicas a PONSAL distintas a los hechos denunciados y que se han conocido también nuevas ayudas a GEA. Termina su escrito PORVASAL incluyendo una lista de archivos de diversas unidades administrativas y jurisdiccionales donde pudieren aparecer pruebas acreditativas de los hechos denunciados, no disponibles para la parte, por si el Tribunal quisiera solicitarlos.
12. El Pleno del Tribunal deliberó y falló el día 24 de noviembre de 1998.

13. Son interesados en el expediente:

- Porvasal SA.
- Tesorería General de la Seguridad Social.
- Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía.
- Grupo de Empresas Álvarez SA.
- Porcelanas del Norte SAL.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. El objeto de este procedimiento es resolver si se estima el recurso contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 7-8-98, de archivar las actuaciones iniciadas, en aplicación de lo dispuesto en el art. 36.2 LDC, sin incoar expediente.
2. Una primera consideración que el Tribunal desea hacer es que no le falta razón al Grupo de Empresas Álvarez cuando alega que la denunciante ha presentado una nueva denuncia que, por lo que respecta a dicho grupo, contiene los mismo hechos y los mismos elementos de derecho que los incluidos en otra denuncia anterior que fue archivada por el Servicio y cuyo Acuerdo de 20-3-98 ha devenido firme, siendo también certera la consideración del Servicio en su Acuerdo de 7 de agosto de 1998 en el sentido de que su anterior Acuerdo de Archivo de 20 de marzo de 1998 ha devenido firme y que los hechos denunciados en la segunda denuncia respecto a PONSAL son idénticos *mutatis mutandis* a los contenidos en la denuncia inicial contra GEA e igualmente aplicables los fundamentos de derecho que motivaron el primer acuerdo de archivo. Tanto la alegación de GEA como la consideración del Servicio responden a la realidad y bien pudiera por ello el Tribunal desestimar el recurso simplemente por corresponder a cosa juzgada o, más precisamente, a un acto ya firme. A mayor abundamiento, ha preferido el Tribunal en esta ocasión y en aras de la necesaria pedagogía de la competencia y su ordenamiento fundamentar de modo más exhaustivo por qué va a desestimar el recurso.
3. El art. 36 de la LDC, en su apartado 1, impone al Servicio la obligación de incoar expediente ante una denuncia de conductas prohibidas en dicha Ley cuando se observen indicios racionales de su existencia y, en su apartado 2, le permite que, antes de resolver la incoación del expediente o, en su caso, el archivo de las actuaciones, pueda acordar la instrucción de una información reservada.
4. Es doctrina reiterada de este Tribunal que la tramitación de una información

reservada constituye un procedimiento sumario, inquisitivo y no contradictorio, en el que es bastante que el Servicio únicamente indague los elementos idóneos para fundar el acuerdo de incoar el expediente o de archivo, procediendo este último cuando el Servicio no advierta indicios racionales de que hayan tenido lugar conductas prohibidas.

5. En el presente caso, el Servicio ha llevado a cabo en la información reservada una investigación suficiente, que le ha permitido establecer sobre base firme las conclusiones de que no hay indicios de prácticas contrarias a los arts. 1, 6 y 7 LDC, como se había denunciado, y de que no procede, en consecuencia, incoar un expediente sancionador al denunciado como, sin embargo, correspondería en caso contrario.
6. En efecto, como acertadamente considera el Servicio, la condonación de deudas y la concesión de ventajas financieras con fondos públicos, que son los hechos que se denuncian, técnicamente son ayudas públicas, no prohibidas en el ordenamiento español y a las que únicamente son aplicables de éste, en su caso, el art. 19 LDC. El asunto podría ser objeto, sin embargo, de examen por parte de las autoridades comunitarias europeas, en aplicación del art. 92 TCE, como, por cierto, lo está siendo en este momento. Los hechos denunciados son, pues, ayudas públicas y no acciones tipificables como transgresiones a los arts. 1, 6 o 7 LDC, según se verá a continuación.
7. Los hechos denunciados no constituyen transgresión del art. 1 LDC, ni por el objeto ni por los sujetos.

En cuanto al objeto, el denunciante identifica la condonación de deudas por la TGSS y el IDAE a dos empresas como decisiones contrarias a la competencia, consistentes en la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, a partir de la idea de que ambas entidades públicas son operadores económicos que intervienen en el mercado mediante el control y gestión del cumplimiento de la legalidad vigente. Y esta idea es equivocada por las siguientes razones: 1ª ) porque tal actividad pública interventora se lleva a cabo en aplicación de normas legales, lo que excluye de la prohibición a los actos presuntamente contrarios al art. 1 LDC (art. 2 LDC). 2ª ) porque las relaciones comerciales o de servicio a que alude el art. 1 LDC se refieren a relaciones empresariales y no de servicio público, que sólo cabría atribuir a una entidad pública cuando actuara como sujeto de actividad privada, lo que ni es el caso ni ha sido en estos términos invocado. 3ª ) porque la colusión implícita en los hechos denunciados, que sería exigible para la concurrencia de la condición necesaria del acto prohibido por el art. 1 LDC, no aparece por ninguna parte ni se ha planteado ni siquiera como posibilidad por el denunciante.

En cuanto a los sujetos, la condición de operadores económicos con que se califica a las entidades públicas denunciadas es gratuita en relación con los hechos denunciados, a efectos del art. 1 LDC, a pesar de la errada interpretación del concepto funcional de empresa que, a juicio del recurrente, debe prevalecer. Que la conducta de los actores públicos incida en el mercado no basta, como pretende el denunciante, para atribuir a aquéllos la condición de operadores económicos. Toda la actividad interventora de la Administración Pública, desde la reglamentaria a la de policía, tiene incidencia en el mercado, pero eso no es suficiente, sin embargo, para atribuir a los entes en que la misma se manifiesta la condición de operadores económicos a efectos del art. 1, ni siquiera cuando violenten la competencia, porque precisamente a evitarlo se consagra el art. 2 LDC.

8. Los hechos denunciados tampoco suponen transgresión alguna del art. 6 LDC. Dice el denunciante que las entidades públicas denunciadas ostentan respectivos monopolios legales, lo que supondría el disfrute de sendas posiciones de dominio, y que, como habrían hecho uso de sus facultades de manera arbitraria, eso sería abusivo. La primera cuestión es que la identificación que hace el recurrente de servicio público con prestación de servicios en régimen de monopolio legal no se sostiene ni en la sustancia de los hechos denunciados ni en la condición legal de los actores. Pero es que, además, el recurrente no hace sino manifestarlo sin fundamento alguno de la prohibición. Como hace notar el Servicio, las entidades públicas denunciadas ni tienen posición de dominio en mercado relevante alguno al que puedan referirse los hechos denunciados, ni cabe que, en tal caso, hayan abusado de una posición de dominio inexistente.
9. La pretendida, por el denunciante, transgresión del art. 7 LDC no puede ser tampoco admitida. En efecto, los actos desleales contrarios a la libre competencia son los contemplados en el art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, estableciendo dicho precepto que el Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá de los actos de competencia desleal que, por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del territorio nacional, afectan al interés público. Según reiterada interpretación del TDC, este precepto considera conductas prohibidas y contrarias a la libre competencia las que reúnen las siguientes características: a) Que sean constitutivas de competencia desleal. b) Que puedan producir un falseamiento sensible de la libre competencia, en todo o en parte del territorio nacional. c) Que por su propia dimensión provoquen una afectación del interés público. El corolario es que si el TDC aprecia que no hay efectos sensibles sobre la libre competencia o que, por lo limitado de la conducta, no se vea afectado el interés público, declarará la inexistencia de conducta prohibida sin necesidad de examinar si ha habido un acto de competencia desleal. (V. p. ej. *Resol. expte. r 180/96, Hidroeléctrica del Ampurdán, 14-V-97*). Pues bien, no hay en

la denuncia ni en el los demás escritos del denunciante ningún dato que sugiera que las dos últimas características se dan en el supuesto denunciado, por lo que bastaría esto para desacreditar que es de aplicación el art. 7 LDC. Pero, es más, la invocación de transgresión de normas en que se basa la acusación por competencia desleal aparece desmentida por al menos una de las entidades denunciadas en términos tales que la denuncia aparece con un semblante poco lucido al menos en este extremo. La mala fe tampoco se ve por ninguna parte. En todo caso, el Tribunal no aprecia un falseamiento sensible de la libre competencia ni una afectación del interés público, por lo que rehusa resolver la cuestión relativa a la competencia desleal, cuya continuación, si lo deseara el denunciante, debería seguir ante la jurisdicción civil.

10. Respecto a la decisión del Servicio de no abrir el procedimiento previsto en el art. 19 LDC, el Tribunal aprecia la prudencia de aquél, pues no sería adecuado hacerlo estando el caso de ayudas públicas al que se refiere este expediente en estudio por parte de la Comisión Europea.
11. Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso, confirmando en todos sus extremos el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 7 de agosto de 1998 por el que se archivaron las actuaciones derivadas de la denuncia presentada por la recurrente.

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

### **RESUELVE**

- Desestimar el recurso interpuesto PORVASAL SA contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 7 de agosto de 1998, mediante el que se archivan las actuaciones seguidas por la denuncia formulada por el recurrente, confirmando en todos sus términos dicho Acuerdo.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir de la fecha de la notificación de esta Resolución.

