

RESOLUCIÓN (Expte. R 202/97. Construcciones Y Contratas)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Alonso Soto, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Fernández López, Vocal

Berenguer Fuster, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 30 de junio de 1997.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Antonio Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el expediente r 202/97 (1509/97 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por D. Mariano Romero Morales, abogado, contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 30 de enero de 1997, de archivar la denuncia formulada por la recurrente contra FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (en adelante, Construcciones y Contratas) y otras nueve empresas constructoras, por presuntas prácticas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) consistentes en pagar a sus proveedores mediante pagarés con la cláusula "no a la orden" que impide su libre negociación.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 22 de enero de 1997 se recibió en el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio) una denuncia presentada por D. Mariano Romero Morales, abogado, contra Construcciones y Contratas y otras nueve empresas constructoras, por supuestas prácticas prohibidas por los arts. 1, 6 y 7 de la LDC consistentes en efectuar el pago de sus servicios con pagarés que incluyen la cláusula "no a la orden" que impide su libre negociación, provocando situaciones graves de liquidez, lo que supone abuso de posición dominante, práctica concertada por coincidir en tiempo, forma y fondo, y explotación de la dependencia económica de los proveedores.
- 2.

2. Con fecha 19 de febrero de 1997 se recibió en el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal) un escrito de D. Mariano Romero Morales por el que interponía recurso contra el Acuerdo del Servicio de 30 de enero de 1997 de archivo de las actuaciones seguidas al no observar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC.
3. Con fecha 20 de febrero de 1997 el Tribunal requirió a D. Mariano Romero Morales para que en el plazo de diez días expresara las razones de la impugnación del Acuerdo recurrido, lo que dicho señor realiza mediante escrito de 27 de febrero de 1997, en el que mantiene los hechos denunciados referentes a las prácticas incursas en los artículos 1 y 6 de la LDC.
4. El 3 de marzo de 1997 el Tribunal remitió a la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia el escrito recibido de interposición de recurso, así como del de fundamentación del recurso, de 27 de febrero, solicitando informe sobre el mismo y las actuaciones seguidas en el Servicio.

Por otra parte, el Tribunal solicitó del Servicio que, dado que el recurrente no acreditaba ante este Tribunal la representación con la que actúa, debería indicar si aquélla consta en las actuaciones seguidas en el Servicio y es bastante para recurrir, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 32 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

5. El 7 de marzo de 1997 se recibió en el Tribunal el expediente del Servicio y el informe solicitado en el que, tras señalar que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el art. 47 LDC y que en las actuaciones ante el Servicio el denunciante lo hizo en nombre propio, mantenía que no existen indicios de actuación concertada de las empresas constructoras ni abuso de posición de dominio, al ser la cláusula "no a la orden" una práctica conforme a los usos del comercio y contemplada en el art. 24 de la Ley 19/1985, Cambiaria y del Cheque, por lo que no está comprendida en el art. 6.2 e) de la LDC que prohíbe la explotación abusiva de una posición de dominio consistente en la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
6. Por Providencia del Tribunal de 17 de marzo de 1997 se designó Ponente y se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan alegaciones, cosa que no hizo el denunciante. En los escritos de alegaciones, las empresas denunciadas, en la línea de la argumentación

del Acuerdo del Servicio, excluyen la comisión de conductas prohibidas por la LDC.

Algunas de las empresas denunciadas en sus alegaciones dan como razón de por qué ha proliferado recientemente como forma de pago el pagaré nominativo "no a la orden", en sustitución del pagaré puramente nominativo, el hecho de la aprobación del nuevo Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados por Real Decreto 828/95, de 29 de mayo, que somete a este impuesto a los pagarés cambiarios por considerarlos endosables y cumpliendo una función de giro, por lo que para evitar esta tributación convenía emitirlos con la cláusula "no a la orden".

7. Son interesados:
- D. MARIANO ROMERO MORALES
 - FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.
 - CORVIAM, S.A.
 - COMYLSA, EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A.
 - AGROMAN EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A.
 - DRAGADOS Y CONSTRUCCIONES, S.A.
 - OCP, CONSTRUCCIONES, S.A.
 - GINES Y NAVARRO CONSTRUCCIONES, S.A.
 - VIAS Y CONSTRUCCIONES, S.A.
 - FERROVIAL, S.A.
 - CGS CONSTRUCCION ESTACION DE SERVICIO, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El art. 36.2 LDC contempla la posibilidad de que el Servicio, ante una denuncia y antes de resolver la incoación de un expediente, pueda acordar la instrucción de una información reservada o, en su caso, el archivo de las actuaciones. El acuerdo de archivo procede cuando el Servicio no observa indicios racionales de la existencia de las conductas prohibidas denunciadas, como ha sucedido en esta ocasión.

Recurrido el Acuerdo de archivo, deberá analizarse en el presente expediente si los hechos revisten a primera vista características de constituir infracción de las normas concurrenciales y si de la información disponible se deducen datos que permitan afirmar que existen indicios suficientes para justificar la incoación de un expediente.

2. La cuestión fundamental que se ventila en este procedimiento es la de si en los hechos denunciados se aprecian indicios suficientes de prácticas prohibidas por la LDC en la forma de pago recientemente utilizada de forma generalizada por las empresas constructoras, como contrapartida de los servicios realizados, mediante la emisión de pagarés con la cláusula "no a la orden" que pueden dar lugar a situaciones de desprotección de los acreedores, con los consiguientes perjuicios, como pueden ser impedir su libre negociación y la mayor dificultad para su descuento en las entidades de crédito.

En efecto, el Tribunal considera que el mimetismo observado en la proliferación de este medio de pago en este sector podría ser consecuencia de una concertación por parte de las empresas constructoras y no sólo de una pura coincidencia en la actuación de varias empresas. Pero es que, además, no cabe, por ello, excluir la posibilidad de un abuso de posición de dominio conjunta, incurso en el art. 6 de la LDC, dado que no se precisa la existencia de un acuerdo colusorio para estimar que se dé una situación fáctica de dominio del mercado que no se puede descartar teniendo en cuenta la importancia de su participación en el mismo y los indudables perjuicios que se podrían originar para los acreedores en la negociación y descuento de los pagarés, con repercusión en su tesorería (ver Resoluciones de 7 de enero y 22 de mayo de 1992, Expte. 291/90).

3. Por otra parte, entiende el Tribunal que las explicaciones dadas por algunas de las empresas constructoras denunciadas en sus escritos de alegaciones de los efectos fiscales en los pagarés puramente nominativos como consecuencia de la aprobación del nuevo Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, por Real Decreto 828/95, de 29 de mayo (que somete no sólo los pagarés "a la orden", sino todos aquellos que no se expidan con la cláusula "no a la orden"), como causa de la generalización reciente del pagaré nominativo "no a la orden", no resultan suficientes y que es preciso, consiguientemente, realizar la investigación correspondiente, pues en los propios pagarés se recoge que el impuesto quedará a cargo del tomador.
4. Por todo ello, el Tribunal acuerda estimar el recurso planteado por D. Mariano Romero Morales, por lo que el Servicio debe abrir expediente a este respecto a las empresas denunciadas y formular, en su caso, el correspondiente pliego de cargos o sobreseer el expediente si no encontrara motivos para ello.

5. La revocación del Acuerdo de archivo por el Servicio de Defensa de la Competencia no tiene la consideración de acto definitivo que ponga fin a un procedimiento, sino que, por el contrario, produce el efecto de la continuación del mismo. En el curso de dicho procedimiento, los interesados van a poder intervenir presentando las alegaciones y proponiendo las pruebas que a su derecho convenga, tanto en la fase procesal que se desarrolla ante el Servicio como, en su caso, en la que tiene lugar ante el Tribunal. Así pues, siendo esta Resolución un acto administrativo que, aunque no es susceptible de ulterior recurso ordinario en vía administrativa, no es definitivo ya que no decide sobre el fondo del asunto ni pone término a dicha vía o imposibilita su continuación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, no podrá ser impugnada, en este momento, ante la citada jurisdicción.

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

HA RESUELTO

Estimar el recurso interpuesto por D. Mariano Romero Morales y, en consecuencia, revocar el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 30 de enero de 1997 por el que se procede al archivo de su denuncia e interesar de dicho Servicio que incoe expediente a las empresas constructoras denunciadas por librar pagarés nominativos con la cláusula "no a la orden" en lo que podría ser una generalización de este medio de pago, por si tal conducta pudiera constituir una práctica incurra en las prohibiciones de la Ley de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe otro recurso que el contencioso-administrativo que, en su caso, proceda contra la Resolución del Tribunal que, en su momento, ponga fin al expediente en vía administrativa.