

RESOLUCIÓN (Expte. R 189/96 Resopal)

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 31 de marzo de 1997.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Bermejo Zofío, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 189/96 (1255/95 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por RESOPAL S.A. contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 21 de octubre de 1996, por el que se sobreseyó parcialmente el expediente incoado como consecuencia de su denuncia contra MACTAC EUROPE S.A. (sucursal en España), LEGON-PLAS S.L., VICMAN S.L., TAKERPLAS S.A.L. y PLASTIASTUR S.L. por concertarse para excluirla del mercado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 23 de junio de 1995 tiene entrada en la Dirección General de Defensa de la Competencia un escrito de Don Eduardo Ruiz Fernández, en su calidad de consejero-delegado de la compañía RESOPAL S.A., en el que denuncia a la sociedad MACTAC EUROPE S.A., que ha actuado por medio de la sucursal española del mismo nombre, y a LEGON-PLAS S.L., VICMAN S.L., PLASTIASTUR S.L. y TAKERPLAS S.A.L., por una práctica concertada entre todas ellas para excluir a RESOPAL del mercado (Art. 1.1. LDC); y a MACTAC por las prácticas de fijación de precios, discriminación de precios, alteración de su política de financiación y dilaciones indebidas en la entrega de mercancías a RESOPAL, todas ellas del Art. 1.1.a. y d.

2. El 26 de octubre de 1995 el Subdirector General de Instrucción, Inspección, Vigilancia y Registro ordena la práctica de una información reservada que consistió en solicitar información a MACTAC EUROPE S.A. y, el 13 de diciembre de 1995, a RESOPAL.
MACTAC manifiesta que no tiene firmado ningún contrato de distribución con RESOPAL, que revende directamente al consumidor, y que, a pesar de su insistencia, no le ha concedido la exclusiva. Que ante las dificultades por las que atravesaba RESOPAL, en julio de 1994 inicia negociaciones con ella para limitar el riesgo que corre en el suministro a crédito, limitación que acepta RESOPAL; que, sin embargo, la ha seguido suministrando mercancía a crédito por encima del límite fijado, hasta enero de 1995, sin que RESOPAL pague ni ofrezca garantías, llegando un momento en que tiene que cortar el suministro y reclamar judicialmente la deuda. Niega que fije el precio de reventa de sus productos, que se revenden previa una manipulación para adaptarlos a la demanda del cliente, y afirma que RESOPAL, cuando comenzó a sufrir la competencia de otros distribuidores, revende a precio de coste para perjudicar la marca. Manifiesta que es ajena al hecho de que algunos empleados de RESOPAL hayan pasado a empresas competidoras.
3. El 9 de enero de 1996 el Director General, a la vista de la denuncia y de la información reservada, ordena la incoación de expediente, decisión que se notifica a MACTAC EUROPE S.A., sucursal en España, y a RESOPAL.
4. El 25 de marzo de 1996 RESOPAL envía un escrito en el que modifica los términos de la denuncia inicial y amplía las personas denunciadas, entre las que incluye ahora a MACTAC EUROPE S.A., matriz belga de la sucursal española, y a los ex-empleados de RESOPAL Don Leandro González, Don Victor Pena y Don Juan Carlos Vega Pertierra; y añadiendo también, como otro artículo de la LDC infringido, el Art. 7, en relación con los Arts. 5, 13 y 14. de la Ley de Competencia Desleal. Pide que se practiquen por el Servicio una serie de actuaciones consistentes en la exigencia de las facturas de MACTAC EUROPE S.A. por suministros efectuados en 1994 y 1995 a las personas denunciadas, así como que se soliciten a MACTAC EUROPE S.A. determinadas aclaraciones.
5. El 3 de abril de 1996 RESOPAL envía nueva documentación referida a la compañía TÉCNICA 2.000 S.A., accionista de RESOPAL.
6. El 16 de septiembre de 1996 la instructora formula pliego de concreción de hechos a MACTAC EUROPE S.A. (sucursal española) por fijación de precios de venta al público, que se notifica a la propia MACTAC y a LEGON-PLAS S.L., VICMAN S.L., PLASTIASTUR S.L. y TAKERPLAS S.A.L..

7. El 23 de septiembre de 1996 la instructora propone el sobreseimiento del expediente respecto a la concertación entre MACTAC y las cuatro sociedades denunciadas para eliminar a RESOPAL del mercado, que considera no probada. Comunicada la propuesta a los interesados, el 21 de octubre de 1996 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acuerda el sobreseimiento propuesto.
8. El 7 de noviembre de 1996 recurre RESOPAL. El recurso contiene tres alegaciones.

La primera consiste en entender que la existencia de la concertación denunciada resulta de una carta enviada por MACTAC a RESOPAL en la que MACTAC manifiesta, entre otros extremos, que "otros distribuidores de vinilo de la marca MACTAC están informando que ustedes están creando problemas en materia de precios en el mercado español"; carta, afirma la recurrente, "que recoge con absoluta claridad las estructuras y funcionamiento de un cártel". Se queja de que el Servicio no haya practicado una mayor investigación sobre este cartel ni haya practicado las pruebas pedidas por RESOPAL.

El segundo de los motivos del recurso consiste en aportar fotocopia de una sentencia de un juzgado civil (Sentencia de 2 de noviembre de 1996 del Juzgado de primera instancia nº 2 de Alcalá de Henares) y comentar algunas de las consideraciones que en ella se hacen sobre la relación de MACTAC con RESOPAL.

En el motivo tercero se dice que MACTAC indujo a Don Leandro González a abandonar RESOPAL para constituir una nueva compañía (LEGON-PLAS), lo mismo que indujo a TAKERPLAS a la infracción del contrato de franquicia; añadiendo que fué Don Leandro González quien indujo a los señores Pena y Vega a abandonar RESOPAL; y que se han apropiado de los secretos empresariales de ésta. Se queja de que el Servicio no haya investigado esta "planificación concertada a la infracción del contrato" que estas personas mantenían con RESOPAL.

Finalmente pide que se revoque el sobreseimiento y se continúe la instrucción.

9. El Servicio informa que el recurso está interpuesto dentro de plazo y que se ratifica respecto del fondo del acuerdo, añadiendo, en cuanto a la infracción del Art. 7 LDC, alegada por RESOPAL en el escrito del 25 de marzo de 1996 y luego en el recurso, que no ha existido conducta desleal por parte de MACTAC.

10. El Tribunal nombra Ponente y concede plazo a los interesados para vista del expediente a fin de que puedan formular alegaciones.

RESOPAL, en las suyas, a más de la revocación del sobreseimiento, pide que por el Tribunal se requieran las facturas de las comisiones pagadas por LEGON-PLAS S.L. a los Sres. Pena y Vega y a VICMAN S.L. y PLASTIASTUR S.L.; así como que presente sus libros de comercio para toma de razón de sus clientes. Después de estas alegaciones, el 28 de enero de 1997 RESOPAL ha presentado fotocopia de una Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Alcalá de Henares.

MACTAC alega que RESOPAL ha introducido hechos nuevos en el escrito de recurso, que el Servicio ha realizado una investigación suficiente, que las sentencias civiles no surten efectos de cosa juzgada en este expediente y que quien ha incurrido en competencia desleal ha sido RESOPAL -y no MACTAC- al vender a pérdida los productos de MACTAC, hecho que ha sido denunciado dentro de este expediente. Pide la confirmación del sobreseimiento.

11. Son interesados:
 - RESOPAL S.A.
 - MACTAC EUROPE S.A., sucursal en España
 - LEGON-PLAS S.L.
 - VICMAN S.L.
 - PLASTIASTUR S.L.
 - TAKERPLAS S.A.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La denuncia de RESOPAL que motivó la apertura del expediente que luego el Servicio ha sobreseído parcialmente, hace relación a la existencia de un acuerdo colusorio entre MACTAC EUROPE S.A. (sucursal en España) y determinados empleados de RESOPAL -Don Leandro González, Don Victor Pena y Don Juan Carlos Vega- y una franquiciada de ésta, TAKERPLAS S.A.L., acuerdo por el que MACTAC nombraría a estos últimos distribuidores suyos si cesaban en su relación con RESOPAL, comprometiéndose además MACTAC a realizar una serie de actuaciones complementarias frente a RESOPAL, dirigidas a eliminarla del mercado, y que serían: fijación de precios de reventa, discriminación de precios, alteración de la política de financiación y dilaciones indebidas en la entrega de mercancías, hasta terminar suspendiendo el suministro de los productos que revendía RESOPAL. Tanto el acuerdo como las conductas unilaterales

de MACTAC, que son ejecución del mismo y que, al parecer, se consideran como infracciones independientes, serían prácticas del Art. 1 LDC.

Resulta sin embargo que en el escrito de 25 de marzo de 1996 (AH 4) y luego en los posteriores, incluido el de recurso, que la denunciante ha ido aportando al expediente, RESOPAL ofrece versiones que no coinciden plenamente con el planteamiento inicial, de modo que suscitan la duda de cuáles sean realmente las personas acusadas y por qué. En estos escritos se dice que MACTAC indujo al Sr. González al abandono de RESOPAL y que luego fué éste quien indujo a los señores Pena y Vega; y se hace referencia a la existencia de un cártel de precios entre MACTAC y sus distribuidores, sin precisar si se trata del mismo acuerdo inicialmente denunciado y dirigido a la expulsión del mercado de RESOPAL o de otro distinto y posterior, un cártel de precios, que el Servicio no apreció, y cuya existencia resultaría probada, según el recurso, por una carta de MACTAC en la que alude a otros distribuidores distintos de RESOPAL (AH 8).

Junto a la imprecisión en la fijación de los hechos, es de notar la incongruencia entre éstos y las personas denunciadas. Porque si lo que se denuncia es un acuerdo entre MACTAC y determinados empleados de RESOPAL, los autores de la infracción habrán de ser todos los partícipes en el convenio y a todos ellos habrá de incoarse expediente. Pero RESOPAL, en vez de a sus antiguos empleados, denuncia a las sociedades a las que éstos pasaron a prestar sus servicios después de abandonar RESOPAL; y el Servicio, de acuerdo con la denuncia, en la Providencia de incoación del expediente no enumera a los antiguos empleados entre "los presuntos infractores con los que hayan de entenderse las diligencias" (Art. 18.2 Reglamento del Servicio), por lo que éstos no han llegado a estar expedientados ni a ser parte en el expediente.

Más tarde, en la ampliación o rectificación de la denuncia (AH 4) RESOPAL incluye, junto a las sociedades, también a los tres empleados de RESOPAL, así como a la matriz belga de la filial española de MACTAC, pero sin precisar los hechos que imputa a la autoría de cada grupo de acusados ni el título de su posible responsabilidad administrativa, que es la única que examina y declara el TDC con arreglo a la LDC. El Servicio, que no llegó a ampliar la Providencia de incoación a los empleados de RESOPAL, sobresee el expediente, congruentemente, sólo respecto de MACTAC y las sociedades denunciadas inicialmente.

No obstante, a los efectos del recurso que se examina, se tendrán en cuenta las diversas imputaciones y las distintas personas imputadas en los escritos que RESOPAL ha ido presentando a lo largo de la tramitación.

2. Antes de examinar la cuestión básica que constituye el objeto de este expediente, esto es, si la razón aducida por el Servicio para el sobreseimiento parcial que se recurre es o no acertada y suficiente, deben resolverse otras dos cuestiones que el escrito de recurso plantea.

2.1. La primera de ellas es el valor que tienen para el Tribunal las sentencias civiles dictadas en pleitos seguidos por la denunciante con alguna de las denunciadas.

Una es la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia nº 1 de Alcalá de Henares que condena a RESOPAL al pago de 11.464.558 pesetas que la reclamaba MACTAC por suministros impagados y, estimando en parte la reconvención, condena también a MACTAC a indemnizar a RESOPAL por los daños ocasionados por la indebida resolución del contrato de distribución que mantenía con RESOPAL. La otra es la dictada por el juzgado de primera instancia nº 2 de Alcalá de Henares que condena a algunas de las denunciadas a indemnizar a RESOPAL por competencia desleal.

No hay constancia de que estas sentencias, de las que se han aportado simples fotocopias, sean firmes.

La cuestión de la posible discrepancia entre la jurisdicción civil y el Tribunal -y la jurisdicción contenciosa que revisa sus decisiones- en el enjuiciamiento de unos mismos hechos, ha sido ya abordada por el Tribunal (Resol. 18 de diciembre de 1991, Exp. 296/91 y Resol. de 28 de junio de 1995, Exp. 351/94) entendiéndose que la apreciación de si se ha infringido o no la LDC corresponde al órgano específico que la propia LDC prevé, que es el Tribunal; que la LDC sólo condiciona la actuación del Tribunal cuando los hechos son objeto de un procedimiento comunitario -Art. 25- o de un proceso penal -Art. 55-; y que una sentencia dictada en un proceso civil, inspirado esencialmente en el principio dispositivo -en cuanto dirigido a la satisfacción de pretensiones privadas- y en el que no ha tenido ninguna intervención el Tribunal de Defensa de la Competencia, no debe impedirle el ejercicio de la competencia que tiene atribuida por la Ley 16/1989 y que es irrenunciable (Art. 6 LPA, hoy Art. 12.1 Ley 30/1992).

Y la STS de 30 de diciembre de 1993 ha afirmado que la separación que existe entre Administración y Jurisdicción impide a ésta conocer de las materias que entren en el ámbito competencial de la primera (sin perjuicios

de la revisión jurisdiccional de los actos de la Administración) ni siquiera como cuestión prejudicial; y que no admite dudas el carácter administrativo de la actividad del Estado dirigida al mantenimiento del orden público económico, uno de cuyos instrumentos es la Ley 110/1963, cuya aplicación es competencia exclusiva de la Administración del Estado y, dentro de ella, del TDC. Debe añadirse que la sustitución de la Ley 110/1963, a que la Sentencia se refiere, por la LDC hoy vigente, no ha alterado la doctrina expuesta.

Como conclusión, las sentencias aportadas por RESOPAL no son obstáculo ni condicionan la apreciación por el Tribunal de los hechos denunciados desde la perspectiva de la LDC.

2.2. La segunda de las cuestiones previas es la queja por la insuficiente instrucción que, a juicio de la recurrente, ha realizado el Servicio. El Art. 37.1 LDC dispone que "el Servicio practicará los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades", sin establecer la obligación del instructor de seguir las opiniones o indicaciones del denunciante sobre qué diligencias de investigación son las necesarias. Y el Art. 21 del Reglamento del Servicio atribuye expresamente al instructor la decisión de practicar "cuantas diligencias considere necesarias o convenientes". La amplia libertad de que goza el instructor no es óbice para que deba tener en cuenta las alegaciones formuladas por los interesados al redactar el informe, en este caso, la propuesta de sobreseimiento, (principio de congruencia) y de pronunciarse sobre las pruebas propuestas (Art. 37.1. y 2.) expresando, si no las ha considerado pertinentes, las razones de su rechazo. En este caso el instructor expresa lacónicamente que no las juzga necesarias. La recurrente ha reiterado ante el Tribunal (escritos de recurso y de alegaciones posteriores) que se practique la prueba de confesión de los denunciados, para probar la existencia de un cártel de precios; que se requiera a LEGON-PLAS las facturas o comisiones abonadas en 1994 y 1995 a los señores Pena y Vega y a VICMAN y PLASTIASTUR; y que LEGON-PLAS presente sus libros de comercio para tomar razón de sus clientes, todas ellas para probar la infracción del Art. 7.

El Tribunal estima que es suficiente la instrucción practicada por el Servicio -a los efectos de la cuestión debatida en este recurso- y que es correcta la denegación de estas pruebas por no tener relevancia para los hechos discutidos, como se indicará más adelante.

En este momento son de señalar los hechos que siguen y constan acreditados en el expediente.

2.3. MACTAC EUROPE S.A. es una sucursal que vende en España los productos que fabrica su matriz belga del mismo nombre. RESOPAL la había venido comprando, al por mayor, desde 1990, vinilo autoadhesivo de marcaje (el que se usa para hacer rótulos comerciales), sin contrato escrito, sin ninguna exclusiva de compra o de venta y en cuantía que representó en 1994 del 5 al 8% de la cifra de ventas totales de RESOPAL. El 2 de septiembre de 1994 MACTAC limita la venta a crédito a 5 millones de pesetas; por encima de este tope RESOPAL deberá afianzar o pagar al contado (folio 186). RESOPAL "comprende" la decisión de MACTAC pero no la acepta y ofrece negociaciones, anunciando también que no atenderá sus pagarés pendientes (folio 187). Con todo, MACTAC continúa el suministro, hasta que el 15 de enero de 1995 decide suspenderlo "dadas las condiciones en que se están realizando las ventas de nuestros productos" (folio 249). Tras un cruce de cartas, el 24 de enero de 1995 RESOPAL alega que el Sr. González estaba ofreciendo un descuento del 20%, lo que la ha obligado a bajar sus precios, ofreciendo llegar a un acuerdo siempre que MACTAC reanude las entregas (folio 254). El 13 de marzo de 1995 RESOPAL propone un arbitraje (folio 282), contestando MACTAC que el único conflicto que existe es el pago de la deuda (11.466.971 ptas.) que RESOPAL tiene pendiente (folios 224 y 239). RESOPAL liquida sus existencias de productos MACTAC a precios inferiores al coste de adquisición (folio 820) y MACTAC reclama judicialmente la deuda.

Por otra parte, una vez iniciadas las discusiones entre RESOPAL y MACTAC hay tres empleados de la primera (de los 82 que dice tener) que la abandonan. Son Don Leandro González, que celebra acto de conciliación el 4 de noviembre de 1994 (despido pactado según RESOPAL) y pasa a prestar sus servicios a LEGON-PLAS S.L., de la que su mujer (según RESOPAL) era partícipe mayoritaria; Don Victor Pena, que preavisa que no renovará su contrato de trabajo con efectos del 4 de noviembre de 1994, pasando a trabajar para VICMAN S.L., de la que era socio al 50%; y Don Juan Carlos Vega, que no renueva su contrato con efectos del 25 de enero de 1995, empleándose en PLASTIASTUR S.L., de la que no era socio ni administrador. Abandonada RESOPAL, el Sr. González/LEGON-PLAS comienza a revender productos que le vende MACTAC, pese a la oposición, manifestada por RESOPAL, a que MACTAC admitiera nuevos distribuidores por el daño que ello la suponía (folio 243). MACTAC ofrece entonces a RESOPAL un 5% de las ventas que haga al Sr. González (folio 248), oferta que no tiene respuesta. MACTAC no vende a los Sres. Pena ni Vega -ni a las sociedades para las que trabajan- aunque, según RESOPAL, venden como comisionistas los productos que les entrega el Sr. González -o LEGON-PLAS-.

Por último, la situación económico-financiera de RESOPAL en 1994 queda reflejada en las cuentas y en el "Informe de Auditoría de Cuentas Anuales" suscrito por PEAT MARWICK aportados al expediente. Según el Balance de Situación al 31 de diciembre de 1994, frente a un capital suscrito de 500 millones de pesetas aparecen unas pérdidas de ejercicios anteriores de 690 millones y de 31 millones en el ejercicio de 1994; y en el Informe se afirma que, aparte de que las pérdidas de 1994 están infravaloradas, estas pérdidas continuadas "resultan indicativas de una incertidumbre existente sobre la capacidad de la sociedad para continuar su actividad, de forma que pueda realizar sus activos y liquidar sus pasivos" (folio 108).

3. Entrando ya en el fondo, debe examinarse si la denunciada concertación entre MACTAC y los antiguos empleados de RESOPAL y/o las sociedades a las que pasaron a prestar sus servicios cuando abandonaron RESOPAL, concertación que en opinión de la denunciante ha sido la causa determinante de su salida del mercado, ha resultado suficientemente probada. El Tribunal entiende que no lo ha sido, como se explica a continuación.

3.1. RESOPAL afirma la existencia del acuerdo que denuncia, del que no tiene prueba directa, acudiendo a la prueba de presunciones, prueba que con carácter general es admisible y surte efectos probatorios en el procedimiento de la LDC, pero siempre que cumpla los requisitos, como ha afirmado el Tribunal Supremo siguiendo la doctrina del Constitucional, de que "los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, (se) ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo" (STS 18 de noviembre 1996).

Los hechos base de los que la denunciante deduce la existencia del acuerdo son: la ruptura del contrato con RESOPAL de tres de sus empleados (y una franquiciada); la posterior venta por éstos -o las sociedades que los emplean- de productos de MACTAC; y la realización de determinadas conductas por parte de MACTAC, que no tendrían otra explicación que la existencia del acuerdo, y que terminan con la negativa de MACTAC a suministrar más productos a RESOPAL.

3.2. Es de observar, para fijar los hechos de que se parte, que no ha existido la ruptura de contrato por parte de los empleados de RESOPAL que afirmaba la denuncia: El Sr. González terminó con carta de despido y los Sres. Pena y Vega preavisaron de que a su vencimiento no renovarían sus contratos de trabajo. Y TAKERPLAS resuelve su franquicia el 22 de febrero de 1995 -cuando ya MACTAC había cesado el suministro- alegando el incumplimiento grave de las obligaciones contractuales de RESOPAL.

Una vez terminados sus contratos con RESOPAL, los tres antiguos empleados pasan a serlo de tres sociedades distintas: LEGON-PLAS, VICMAN y PLASTIASTUR, de las cuales únicamente LEGON-PLAS S.L. se hace distribuidora de MACTAC. Las otras dos, según la última versión de RESOPAL, venden a comisión los productos MACTAC facilitados por LEGON-PLAS.

Pues bien: a la vista de estos hechos no puede afirmarse con certeza que MACTAC indujera a los antiguos empleados de RESOPAL a no renovar sus contratos con ella sólo porque después de su marcha las sociedades con quienes se han contratado vendan, por cuenta propia o en comisión, productos MACTAC. Entre ambos hechos hay una simple sucesión cronológica que no excluye que el abandono de RESOPAL lo hicieran sus empleados por otras razones, incluidas la situación financiera de RESOPAL y la perspectiva de poder vender productos de MACTAC, ya que ésta no concede exclusivas y vende a todo mayorista que admita sus condiciones. Esto no es inducción a la terminación del contrato, ni MACTAC puede considerarse inductora del abandono por seguir esta política.

Y hay otro dato que hace dudar de la inducción y de la colusión de MACTAC. Cuando RESOPAL se opone a que MACTAC admita nuevos distribuidores porque esta política de multidistribución le causaría "un gran daño" (carta de 18 de noviembre de 1994, folio 243), MACTAC ofrece a RESOPAL un 5% de las ventas de la propia MACTAC al Sr. González (carta de MACTAC de 21 de diciembre de 1994, folio 248). No parece congruente que MACTAC esté alentando una independencia que le cuesta dinero.

En el caso de TAKERPLAS hay una causa específica de la ruptura del contrato como es el incumplimiento de RESOPAL, ajena a la inducción de MACTAC; el contencioso entre ambas compañías terminó, según RESOPAL, con acuerdo.

3.3. El otro hecho básico del que se deduce la concertación sería la conducta de MACTAC hacia RESOPAL que culminará con la terminación del suministro y que tiene, además, otras manifestaciones previas.

La primera es la que RESOPAL califica de discriminación financiera, anunciada por MACTAC en carta de 2 de septiembre de 1994 en la que, confirmando unas conversaciones anteriores con RESOPAL, comunica a ésta que la limita el riesgo comercial a 5 millones de pesetas, girando a 90 días; todo lo que exceda de esta cifra deberá estar garantizado con aval o ser abonado al contado con el correspondiente descuento. Y espera hasta el 15 de septiembre para conocer la decisión del Consejo de Administración de RESOPAL (folio 186).

Es de añadir que el mismo 15 de septiembre de 1994 contesta RESOPAL que "comprende los argumentos" de MACTAC pero que no acepta la propuesta en los términos formulados, proponiendo tener una reunión; y mientras tanto, ruega que no presenten al cobro los pagarés que tiene emitidos con vencimiento en los próximos meses de octubre y noviembre; y que si los hubiera cedido a alguna entidad financiera, que los reclame para que no sean presentados, para evitar su devolución y los consiguientes gastos. También propone que sus próximas compras sean liquidadas al contado con un descuento del 5% (folio 187).

Y es de advertir que no consta que MACTAC se hubiera comprometido a aceptar -ni hubiera aceptado con anterioridad- aplazamientos de pago de RESOPAL superiores a 90 días, ni a concederle crédito ilimitado. La situación de RESOPAL, alegada por MACTAC para tomar esta medida, está reflejada en el Balance de Situación, a 31 de diciembre de 1994, en el que junto a un capital suscrito de 500 millones de pesetas, se recogen unas pérdidas de ejercicios anteriores de 690 millones y de 31 millones en el ejercicio actual (1994) (folio 110); afirmando el "Informe de Auditoria de Cuentas Anuales" de PEAT MARWICK que, aparte de que las pérdidas de 1994 están infravaloradas, estas pérdidas continuadas "resultan indicativas de una incertidumbre existente sobre la capacidad de la sociedad para continuar su actividad, de forma que puede realizar sus activos y liquidar sus pasivos" (folio 108).

A la vista de estos datos, no parece que la limitación a 5 millones del crédito comercial que MACTAC se muestra dispuesta a conceder a RESOPAL sea una consecuencia necesaria de la existencia de un pacto entre MACTAC y los empleados de RESOPAL. Se explica suficientemente por la razón invocada por MACTAC y que RESOPAL en aquel momento "comprendió", esto es, la situación financiera de RESOPAL, que aconseja a MACTAC, que no estaba vinculada por ninguna obligación previa de conceder crédito, limitar su riesgo comercial como medida de prudente administración. Y cuya oportunidad parecen confirmar los hechos posteriores: RESOPAL no salda las deudas pendientes ni paga la mercancía que MACTAC siguió

suministrando a pesar de la limitación que había anunciado y de que RESOPAL no ofrece el previo pago o el afianzamiento de los nuevos suministros (la última factura es del 5 de enero de 1995: folio 335). Y liquida sus existencias de productos MACTAC "a precios inferiores al coste de adquisición" (Informe del auditor censor jurado de cuentas Fernando Carretero de 10 de octubre de 1995, folio 820). MACTAC termina por demandar civilmente el pago de las cantidades adeudadas (11.466.971 pesetas).

3.4. Se queja también RESOPAL de haber sufrido discriminación de precios por parte de MACTAC, que deduce de dos hechos: que desde septiembre de 1994 RESOPAL repercutió en sus ventas el 14% de aumento que había decretado MACTAC, mientras sus competidores repercutieron sólo un 9%, lo que indica que no les aumentó el mismo 14% que a RESOPAL; y que cuando LEGON-PLAS y el Sr. Pena comienzan a hacer competencia a RESOPAL ofrecen descuentos del 20%, lo que es indicativo de que tenían unos precios de compra a MACTAC inferiores a los de RESOPAL (folio 27). La discriminación consistiría pues en que MACTAC ha mantenido sus precios de venta a RESOPAL y ha aplicado otros distintos a los nuevos distribuidores.

Cabe también la hipótesis, en el supuesto considerado, de que los otros distribuidores vendan a menor precio porque reduzcan su margen comercial, hipótesis que RESOPAL no considera quizá por suponer que el margen comercial y los precios de reventa son iguales para todos.

No se conocen los precios de venta de MACTAC. RESOPAL aporta una carta de MACTAC con la lista de precios a partir de enero de 1994, pero no incluye la hoja en que la lista aparece (folio 175). Y no constan los precios de venta de MACTAC a los demás distribuidores, antiguos y nuevos.

Examinada la correspondencia cruzada entre RESOPAL y MACTAC aportada al expediente no se encuentra ninguna queja o petición de RESOPAL sobre los precios a los que la vendía MACTAC. Únicamente cuando MACTAC decide terminar el suministro se habla de precios por una y otra parte, pero con referencia a un supuesto distinto: la imposición por MACTAC a sus distribuidores de precios de reventa. Así, el 19 de enero de 1995, MACTAC anunció a RESOPAL la suspensión de los suministros "dadas las condiciones en que se están realizando sus ventas de nuestros productos" (folio 249); el 20 de enero de 1995 RESOPAL anuncia que reclamará judicialmente y pide la reanudación del suministro (folio 251); y en otra carta de la misma fecha pide aclaraciones sobre los precios que les imputan estar aplicando (folio 250). El 24 de enero de 1995 MACTAC (de Bélgica) afirma que RESOPAL está bajando gravemente la estructura de

precios, recorte que altera toda la cadena de distribución (folio 252); el mismo día 24 contesta RESOPAL que Leandro González estaba ofreciendo un descuento de un 20% sobre una lista de precios un 5% más bajos que los de RESOPAL y que ello ha obligado a RESOPAL a igualar los descuentos a algunos clientes; y ofrece llegar a un acuerdo siempre que se reanuden las entregas, preferiblemente desde Bélgica (folio 254). y el 13 de marzo de 1995 RESOPAL propone un arbitraje para resolver las cuestiones pendientes, entre ellas los precios practicados en la reventa (folio 282) que MACTAC no acepta (folios 224 y 239).

De lo expuesto se deduce que el mantenimiento de los precios a que venía comprando RESOPAL es una decisión de MACTAC de la que no hay indicios que obedezca a una concertación con el Sr. González -MACTAC ofrece a RESOPAL el 5% de las ventas que MACTAC le haga- y una decisión lícita porque la Ley sólo impone la igualdad de trato a los compradores cuando el vendedor tiene posición de dominio en el mercado (Art. 6.2.d) que no es el caso de MACTAC.

Tampoco la imposición por MACTAC de los precios de reventa de sus productos, hecho de que ha sido acusada en el expediente principal que continúa por este motivo, parece que se deba a la existencia de un acuerdo colectivo previo entre los distribuidores y MACTAC por el que ésta haya asumido la obligación de imponer un mismo precio de reventa; de existir el compromiso de observar iguales precios sería resultado de los contratos de distribución individualmente celebrados por MACTAC con cada uno de sus compradores, lo cual puede crear una situación colectiva entre los distribuidores que sería distinta de la existencia de un acuerdo entre ellos. La denunciante deduce la existencia de este acuerdo entre revendedores del hecho de que MACTAC diga que sus distribuidores le han indicado que RESOPAL estaba vendiendo a bajo precio, argumentando en el recurso (AH 8) que ello implica el reconocimiento de la existencia de un cártel. No tiene en cuenta que también ella misma ha indicado a MACTAC que sus competidores venden a bajo precio; y concretamente que el Sr. González ofrece un 20% de descuento, lo que la obligó a practicar igual rebaja (carta de 24 de enero de 1995, folio 254). Este es el argumento con que se defiende frente a la acusación de MACTAC de vender a bajo precio.

La prueba de confesión de los denunciados propuesta en este punto por RESOPAL no es pertinente para probar la existencia del supuesto cártel: las posiciones a absolver por los denunciados se refieren únicamente a que confiesen que han informado a MACTAC de los precios de RESOPAL. Aunque así fuera, no por ello se afirmarían la existencia de un acuerdo entre los confesantes de fijación de precios de reventa.

Para terminar, hay que subrayar que la existencia de acuerdos verticales MACTAC/distribuidores, incluido RESOPAL, a los que quizá se refiera la recurrente cuando habla de un cártel, queda imprejuizada en este momento; únicamente se afirma que de demostrarse que los distribuidores practicaban los mismos precios de reventa, ello no era producto de un acuerdo autónomo entre los distribuidores independientes; carácter que no tendrían VICMAN ni PLASTIASTUR que son comisionistas obligados a seguir el precio que les señala el comitente.

3.5. El cese del suministro por parte de MACTAC, último de los hechos de los que infiere RESOPAL la existencia del acuerdo colusorio, más parece que obedece a la falta de pago de RESOPAL, a sus ventas a bajo precio, o a ambas cosas, como sostiene MACTAC, que al cumplimiento de una obligación asumida por MACTAC frente a los empleados de RESOPAL. No obstante como MACTAC afirma que es un comportamiento abusivo y desleal, aún siendo unilateral, procede examinarlo también desde esta perspectiva, comenzando por definir el mercado relevante.

3.6. Ni las partes ni el Servicio realizan un estudio documentado del mercado, limitándose a hacer algunas afirmaciones

Para RESOPAL el mercado es el del vinilo autoadhesivo de marcaje (el que se usa para rótulos) de gama alta y de la marca MACTAC porque es el mejor, un 20% más caro que el de las otras gamas (hay otras dos) y la publicidad de MACTAC ha creado una diferenciación del producto en la mente del consumidor; para MACTAC por el contrario todos son equivalentes y "casi no vende" vinilo de la gama alta, del que únicamente fabrica tres modalidades -blanco, negro y transparente- mientras que los otros productores fabrican una amplia gama de colores.

La posible diferenciación que la publicidad de la marca MACTAC haya podido crear del vinilo de gama alta no es elemento suficiente para delimitar un mercado; hay que atender para ello fundamentalmente a la sustituibilidad del producto o aptitud para satisfacer una misma necesidad del consumidor, según sus características y precios; y no se ha demostrado la insustituibilidad entre sí de los diferentes vinilos. Más bien parece que la equivalencia está afirmada implícitamente: cuando MACTAC facilita las facturas de sus suministros a LEGON-PLAS y TAKERPLAS (folios 305 a 496) afirma que manda todas -el Servicio le había pedido sólo las de vinilo de gama alta- porque prácticamente no existe ninguna de esta clase. Si RESOPAL se queja de la competencia desleal que le hacen estas dos firmas está admitiendo la sustituibilidad para la clientela común del producto que venden, que es el de la gama media y baja, con el que vende RESOPAL, que es el de la gama alta; los clientes dejan de comprar el vinilo

que vende RESOPAL para comprar los de LEGON-PLAS y TAKERPLAS. El mercado comprende pues las tres clases de vinilo.

El mercado geográfico es, para RESOPAL, el nacional. Y este es su mercado de venta; pero el de compra, que es el relevante en este momento, ha de ser más amplio.

RESOPAL, en su carta a MACTAC de 25 de enero de 1995 (folio 254), pedía que se le reanudaran los suministros "preferiblemente desde Bélgica" que es donde MACTAC fabrica (la filial española sólo vende) y RESOPAL ha comprado vinilo a otro fabricante alemán, ORAFOL (facturas en folios 821 a 837). El mercado geográfico es, por tanto, el europeo, en el que existen más de 12 fabricantes de toda clase de vinilo.

Según RESOPAL, MACTAC tiene del 35 al 50% del mercado nacional; según MACTAC no supera el 20%. Cuotas que serían menores en el mercado geográfico considerado. Por ello RESOPAL no acusa a MACTAC por el Art. 6 LDC (que exige una posición dominante del mercado) ni siquiera por el Art. 16.2 Ley Competencia Desleal (explotación de la situación de dependencia de quien no disponga de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad), recurriendo a los Arts. 13 y 14 y a la cláusula general del Art. 5 de esta última.

En conclusión, el cese de los suministros de MACTAC no ha expulsado a RESOPAL del mercado relevante, impidiéndole el ejercicio de la actividad consistente en la compra mayorista de vinilo para su reventa, previa transformación, a los consumidores, actividad que representa alrededor del 5% de la actividad total de RESOPAL, según cálculos de MACTAC, o un 8% según RESOPAL. RESOPAL tampoco ha demostrado que haya hecho pedidos, como mayorista, a los demás fabricantes, y que hayan sido rechazados. La discusión sobre si MACTAC puso fin a sus suministros debida o indebidamente, y sobre sus efectos, queda limitada al campo civil y al margen de la LDC.

4. En resumen, de los datos existentes no se deduce la existencia de un acuerdo entre MACTAC y los antiguos empleados de RESOPAL para expulsar a ésta del mercado, ni la existencia de un acuerdo entre aquéllos - o las sociedades para quienes trabajan- sobre los precios de reventa de los productos MACTAC que pudiera estar incluido en el Art. 1 LDC (dejando a salvo los posibles convenios verticales de MACTAC con sus distribuidores).

5. Alega también RESOPAL la infracción del Art. 7 LDC como consecuencia de la comisión, entiende que por todos los denunciados, de las conductas desleales de los Arts. 5, 13, y 14 de la Ley de Competencia Desleal.

Se hace preciso distinguir entre MACTAC y los antiguos empleados de RESOPAL.

5.1. A MACTAC no le resulta aplicable ninguno de aquellos preceptos de la Ley de Competencia Desleal.

No lo es el Art. 13 -"violación de secretos"- porque MACTAC no ha tenido acceso a la lista de clientes de RESOPAL -que es el secreto empresarial a que se refiere la denunciante- con deber de reserva, ni ha explotado esta lista en su provecho en el caso de que hubiera llegado a tener conocimiento de la misma. MACTAC y RESOPAL tienen clientelas distintas: la de MACTAC son los distribuidores o mayoristas -entre ellos, RESOPAL- que adaptarán el producto para su venta al consumidor, mientras que la clientela de RESOPAL la constituyen los clientes finales. MACTAC no le ha sustraído clientes a RESOPAL.

No es aplicable tampoco el Art. 14 -"inducción a la infracción contractual"- porque no se ha demostrado que MACTAC haya inducido a la terminación, regular o irregular, de los contratos -de trabajo o de franquicia- que tenían con RESOPAL las demás personas acusadas; ni ha existido concertación para eliminar a RESOPAL del mercado, como se ha razonado anteriormente.

Por último, MACTAC puede vender libremente a cualquier nuevo mayorista que aparezca en el mercado, con independencia de la oposición que muestren los otros mayoristas existentes, que únicamente podrían hacer valer el compromiso previo de MACTAC de venderles sólo a ellos y no a otros (exclusiva). Y como RESOPAL no había conseguido la exclusiva de MACTAC, ésta no tiene el deber, y la cláusula general del Art. 5 de la Ley de Competencia Desleal no lo impone, de atender las reclamaciones de RESOPAL sobre un posible incremento de sus distribuidores. La oposición de RESOPAL a que MACTAC ampliara sus distribuidores, porque entendía que le perjudicaba, se hace constar, entre otras, en la carta del 18 de noviembre de 1994 (folio 243).

5.2. A los antiguos empleados de RESOPAL no les es de aplicación el Art. 14 porque éste sólo contempla la inducción a la terminación del contrato o el aprovechamiento de la infracción contractual ajena, esto es, únicamente tipifica la conducta del tercero, inductor o aprovechado, y no la del propio sujeto inducido o que extingue la relación contractual.

Más dudoso es si han incurrido en el Art. 13, en el subtipo de "explotación de cualquier otra especie de secretos empresariales (distintos de las industriales) a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva".

Los empleados de RESOPAL han tenido acceso legítimo al conocimiento de los clientes de su empleadora pero sin que conste que les haya impuesto y precisado el deber de reserva, cautela que exige la Ley en defensa del derecho de los empleados de un empresario a emplearse con otros empresarios o a ejercer, al término de su relación laboral, una actividad económica -facultad esencial del derecho de libre empresa del Art. 38 C.E.-, sin temor de ser perseguidos en el momento que entren en competencia con su antiguo empleador bajo el pretexto de que están explotando secretos industriales o comerciales de éste. Al exigir que se imponga y defina el deber de reserva, la Ley quiere que se fijen de antemano los conocimientos secretos -no cabe respecto de conocimientos que son públicos- que no podrá utilizar más tarde el empleado, decidiendo así los límites que definirán su actividad futura cuando abandone la empresa.

En defecto de reserva, ha alegado RESOPAL que ésta le viene impuesta al Sr. González por los Arts. 1.705 y 1.706 del código civil; mas son artículos que no tienen aplicación al caso porque el Sr. González es empleado y no accionista de RESOPAL, ésta es una sociedad anónima y no civil y porque no se está tratando aquí de la disolución de RESOPAL, que son los supuestos contemplados por aquellos preceptos.

Por otra parte, la actividad que han desarrollado los antiguos empleados -o las sociedades a que han pasado- ha consistido en ofrecer mejores precios que los que practicaba RESOPAL lo que permitía el margen superior al 30% con el que trabajaba RESOPAL (38% de beneficio bruto, según el Informe del auditor censor jurado de cuentas Don Fernando Carretero de 10 de octubre de 1995 aportado al expediente). Y son estos mejores precios los que han atraído a la clientela de RESOPAL, que no tenía con ella contratos de exclusiva hasta que RESOPAL abandonó el mercado.

5.3. En todo caso, para la aplicación del Art. 7 no basta con la existencia de una conducta desleal.

Como dice el Servicio en su Informe, *"sobre esta cuestión cabe recordar nuevamente, como ya hizo el Tribunal en su Resolución del día 31.05.95 (Expte. r 114/95, Enoquisa), que el artículo 7 de la LDC "no tiene por*

objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad ni proteger, directamente, los intereses de los competidores perjudicados. De esto se encarga la Ley de Competencia Desleal. La Ley de Defensa de la Competencia es una norma de derecho público que persigue una finalidad de interés público, cual es que las conductas desleales no lleguen a falsear el funcionamiento competitivo del mercado. Y como pudiera pensarse que la lealtad en la competencia es requisito de un normal funcionamiento del mercado, la Ley exige expresamente que la afectación sea sensible, esto es, que la conducta tenga entidad suficiente para alterar de manera significativa el desenvolvimiento regular del mercado. La deslealtad que considera el artículo 7 es una deslealtad cualificada".

El mercado relevante en este caso es el de la reventa en España, en el que operan, según RESOPAL, otros cuatro distribuidores, no constando la cuota de cada uno de ellos. Los efectos que ha producido la entrada en este mercado de nuevos operadores han sido estimulantes, más que distorsionantes, de la competencia, al ofrecer una reducción del margen comercial que aplicaba RESOPAL que beneficia a los antiguos clientes de ésta y que forzará también a los otros distribuidores existentes a competir con los nuevos precios.

Las pruebas propuestas por RESOPAL y dirigidas a identificar a los clientes que han preferido la nueva oferta -hay que entender que hasta el momento en que RESOPAL abandonó la venta- no son relevantes a estos efectos.

Si es cierto que VICMAN y PLASTIASTUR son comisionistas de LEGON-PLAS -que era el objeto de la prueba que proponía RESOPAL- aquellos efectos resultarían minorados; pero el funcionamiento competitivo del mercado no resultaría gravemente distorsionado.

La pretendida deslealtad queda al margen de la LDC debiéndose resolver exclusivamente por los Tribunales civiles.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE

Desestimar el recurso interpuesto por RESOPAL S.A. contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 21 de octubre de 1996 que sobreseyó parcialmente el expediente incoado a MACTAC EUROPE S.A. (sucursal española), LEGON-PLAS S.L., VICMAN S.L., PLASTIASTUR S.L. Y TAKERPLAS S.A.L., por prácticas concertadas para excluir a RESOPAL del mercado, Acuerdo que queda confirmado.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.