

## **RESOLUCIÓN (Expte. r 114/95 Enoquisa)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Alonso Soto, Presidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

de Torres Simó, Vocal

Menéndez Rexach, Vocal

Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 31 de mayo de 1995.

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 114/95 (1036/93 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por Doña Rosa María Marchal López contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia, de 12 de enero de 1995, que archivó las actuaciones iniciadas como consecuencia de su denuncia contra Laboratorio Gracia Martín C.B. Enoquisa.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 16 de diciembre de 1993 tiene entrada en el Tribunal un escrito de Doña Rosa María Marchal López, quien en nombre del laboratorio Almazara denuncia al laboratorio Gracia Martín C.B. Enoquisa por las siguientes conductas que estima son desleales de conformidad con los Arts. 7, 8, 10, 15 y 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) :
  - repartir en la muestra Expoliva 89 un folleto con datos falsos y engañosos sobre el propio laboratorio del denunciado.
  - realizar análisis sobre muestras de tan sólo 0'5 kg. de aceitunas, cuando lo mínimo sería 1 kg.
  - repartir un croquis de cuatro páginas en el que se resaltan, comparándolas, las diferencias entre los laboratorios denunciante y denunciado. El croquis incurre en una serie de falsedades.

Propone determinadas pruebas y solicita la incoación de expediente que habrá de publicarse en un Diario de Jaén y terminar con las declaraciones legales, la condena en costas y la imposición de una sanción. Mientras tanto pide que se adopten medidas cautelares.

2. El Tribunal remite la denuncia al Servicio quien requiere a la denunciante que acredite su representación del laboratorio Almazara "requisito que, para el supuesto de iniciación de expediente a instancia de parte, exige el artículo 15 del Reglamento del Servicio". Doña Rosa María contesta que laboratorio Almazara es sólo el nombre comercial con el que ella misma gira en el tráfico, y no una persona jurídica.
3. Para "conocer en lo posible la realidad de los hechos", el Servicio "acuerda llevar a cabo una información reservada como diligencia previa a la incoación de expediente". En el curso de la amplia investigación realizada, el Servicio solicita determinadas informaciones de la denunciante, de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, del Instituto de la Grasa, de la Red Española de Laboratorios de Ensayo, de Don Francisco Muñoz Calvo y del propio denunciado, quien, sin perjuicio de contestar a las preguntas que se le hacen, pide, al amparo del Art. 24 CE y con carácter previo a cualquier otro trámite, que se le informe de la acusación formulada contra él y que se le pongan de manifiesto todos los documentos que en relación con la denuncia obren en la información reservada. No obtuvo contestación del Servicio.
4. El 8 de septiembre de 1994 la denunciante aporta copia de la resolución de un expediente disciplinario, abierto al denunciado por el Colegio de Químicos de Sevilla al parecer por los mismos hechos denunciados, en la que se le condena por atentar al decoro profesional y la dignidad de las personas, en concreto de Doña Rosa María y otro denunciante.
5. El 10 de febrero de 1995 el Servicio notifica que ha archivado la denuncia por entender que, si bien alguno de los hechos denunciados podría calificarse de desleal, no tienen entidad suficiente para alterar el orden público económico, como exige el Art. 7 LDC, ya que se localizan en la Comunidad Andaluza donde existen más de cincuenta laboratorios -11 en Jaén y 14 en Córdoba, donde están ubicados los de la denunciante y el denunciado respectivamente- todos los cuales ofrecen prestaciones análogas.

El Acuerdo desestima, tácitamente, la adopción de medidas cautelares.

6. Doña Rosa María recurre el Acuerdo de archivo alegando :
- que todos los hechos denunciados son desleales según la LCD.
  - que afectan al orden público económico porque la superficie de olivar de Andalucía representa el 60% de la nacional y la aceituna destinada a aceite el 80%, mercado que copan una docena de laboratorios.
  - que como se desprende del expediente resuelto por el Colegio de Químicos de Sevilla, las prácticas denunciadas no afectan únicamente a la denunciante.
7. Recibido el recurso, el Tribunal solicita informe del Servicio, quien manifiesta que está dentro de plazo y, en cuanto al fondo, que los motivos del recurso no afectan al fundamento del Acuerdo recurrido. Puntualiza que el mercado relevante no es el de la aceituna o el del aceite, sino el de los servicios que prestan los laboratorios; que los 50 existentes en Andalucía, con prestaciones análogas, hacen irrelevante para el mercado la conducta del denunciado; y que el expediente incoado por el Colegio de Químicos tampoco cambia o altera los efectos de las conductas consideradas.
8. Puesto de manifiesto el expediente a los interesados para alegaciones, Doña Rosa María insiste en que las conductas denunciadas afectan al mercado, porque quienes demandan los servicios de los laboratorios son las cooperativas, que son pocas, y no los aceituneros que las integran; y porque una inexactitud en el análisis de la muestra tiene graves repercusiones económicas ya que el resultado del análisis es determinante del precio de la partida.
- El denunciado, por su parte, manifiesta que no es el autor del croquis, autoría que el Servicio ha afirmado sin ninguna prueba; que la Resolución del Colegio de Químicos no es firme -aporta copia del recurso- e incurre en el mismo defecto: obligarle a probar que no es el autor del croquis; que está siendo enjuiciado en dos procedimientos administrativos por el mismo hecho, contra el principio de non bis in idem ; y que el único interés en juego es el de Doña Rosa María, que le está persiguiendo por todos los medios porque están en competencia.
9. Son interesados en este expediente:
- Doña Rosa María Marchal López, que gira con el nombre comercial de Laboratorio Almazara

- Laboratorio Gracia-Martín C.B. (Enoquisa)
- Don Francisco García Madrid-Salvador

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. Dispone el Art. 7 LDC que "El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público".

1.1. La aplicación del precepto exige realizar tres operaciones sucesivas.

- La primera consiste en determinar la veracidad de los hechos que relata la denuncia y la participación que en ellos haya tenido el denunciado. Esto sólo puede hacerse, insiste una vez más el Tribunal, mediante un procedimiento contradictorio, con intervención del denunciado y fase probatoria; es el procedimiento que se inicia con la incoación del expediente.
- Fijados los hechos, ha de decidirse si constituyen una forma de competencia desleal, es decir, si son subsumibles en alguno de los tipos que se contienen en la Ley de Competencia Desleal, la cual agota las posibilidades de conductas desleales. Es ésta una operación jurídica de selección e interpretación de normas.
- Por último, ha de estimarse si la conducta desleal produce unos efectos gravemente perturbadores del funcionamiento del mercado. Porque el Art. 7, como viene repitiendo el Tribunal siempre que se le presenta la oportunidad de hacerlo, 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 contempla el Art. 7 es una deslealtad cualificada.

- 1.2. Para realizar el juicio de valor en que la última operación consiste, ha de atenderse tanto a la conducta en sí misma como a los efectos que es susceptible de producir en un mercado concreto, que hay que delimitar y caracterizar. El conocimiento del mercado no se obtiene, a veces, de los datos que facilita el denunciante y de los que posee el Servicio. La Ley le autoriza, en estos casos, que practique las diligencias necesarias para llegar a aquel conocimiento mediante un procedimiento unilateral y no contradictorio: es la información reservada.

Y esto es así porque el orden secuencial de las operaciones antes indicadas es meramente lógico; cronológicamente se invierte. Se parte de la hipótesis de que los hechos denunciados son ciertos y se procede a su calificación y valoración. Al ser ambos requisitos elementos del tipo, la falta de cualquiera de ellos vuelve superflua la incoación del expediente y permite al Servicio, oído el denunciante, archivar la denuncia. Si, en cambio, se obtienen dos respuestas afirmativas, el Servicio debe proceder a la apertura del expediente, con citación del denunciante para que se defienda de los hechos que se le imputan y pueda también combatir la calificación y valoración de su conducta que, provisionalmente, ha efectuado el Servicio.

2. En el caso en examen el Servicio ha archivado la denuncia porque aunque los hechos denunciados, o al menos alguno de ellos, pueda ser constitutivo de competencia desleal, no afectan sensiblemente al interés público como el Art. 7 de la Ley exige.

El Tribunal entiende que la valoración del Servicio, si bien escuetamente fundamentada, es acertada.

- La difusión que en una ocasión -Expoliva 89- realizó el denunciado de un folleto en el que describe con exageración, o incluso inexactitud, las circunstancias de su industria, no ha producido un falseamiento de la competencia en el mercado andaluz de los servicios de análisis químicos del aceite de oliva.
- La exigencia de una muestra de aceitunas inferior a la que quizá sea necesaria para un análisis correcto, sería una negligencia profesional, una inobservancia de las normas técnicas de la

profesión -lex artis- que debe definir y reprimir administrativamente el Colegio profesional y civilmente los tribunales ordinarios. La función típica de los colegios profesionales es la velar por el buen hacer profesional; y la denunciante ha acudido ya al Colegio correspondiente. En todo caso, la posible falta profesional del denunciado no ha llegado a falsear el mercado.

- El croquis comparativo de los negocios del denunciado y de la denunciante -cuya autoría no admite el primero- pertenece a la categoría de los actos que atacan directamente a un competidor determinado para producir una desviación de clientela en propio provecho de quien lo realiza. Son actos que, por su naturaleza, no suelen trascender de la relación del sujeto activo con el pasivo, sin llegar a perturbar sensiblemente el mercado. Así ocurre en el caso presente, en el que dentro de un mismo mercado geográfico, compiten como oferentes más de 50 laboratorios, sin que ninguno de ellos, incluidos los dos afectados, tenga posición de dominio; y en el que hay también un apreciable número de demandantes, aunque estos sean, como alega la denunciante, las cooperativas de olivareros y no éstos singularmente considerados.
3. En resumen, al no resultar sensiblemente afectado el interés público que la LDC protege, no hay lugar para aplicar su Art. 7, debiéndose confirmar el archivo de la denuncia; sin perjuicio de que la denunciante pueda ejercitar ante la jurisdicción civil las acciones que en protección de su interés la concede el Art. 18 de la Ley de Competencia Desleal.

Por todo ello, el Tribunal

## **RESUELVE**

Desestimar el recurso interpuesto por Doña Rosa María Marchal López contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 12 de enero de 1995 que decretó el archivo de su denuncia, 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.