

RESOLUCIÓN (Expte. r 85/94, Gobierno Vasco)

Pleno

Excmos. Sres.:

Fernández Ordóñez, Presidente

Alonso Soto, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

de Torres Simó, Vocal

Soriano García, Vocal

Menéndez Rexach, Vocal

Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 22 de octubre de 1994

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Amadeo Petitbò Juan, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 85/94 (1010/93 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por D. Ignacio José Valle Ros, en nombre y representación de la sociedad Inter Empresa, Bases de Datos S.A., contra el acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, del día 27.05.94, por el que se archivaron las actuaciones incoadas como consecuencia de su denuncia contra el Departamento de Industria del Gobierno Vasco por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, incursas en los arts. 1.1.d y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en aplicar condiciones económicas desiguales para prestaciones idénticas y por abuso de posición de dominio en el mercado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 05.11.93, el Servicio de Defensa de la Competencia (Servicio) recibió una denuncia presentada por D. Ignacio José Valle Ros, en nombre y representación de Inter Empresa, Bases de Datos S.A. (IEBD), contra el Departamento de Industria del Gobierno Vasco (DIGV) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, incursas en los arts. 1.1.d y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia, consistentes, según el denunciante, en el hecho de publicar una guía industrial (Euskadi 92, Catálogo Industrial Vasco), cuya distribución es gratuita, a pesar de tener conocimiento de que IEBD edita otra guía que el denunciante considera de características similares. IEBD edita su Guía Industrial desde el año 1984; concretamente, en los años 1984, 1986 y

1989. En el expediente se acredita la existencia de: a) un "Catálogo Industrial de la Comunidad Autónoma Vasca", referido a las empresas industriales con 10 o más trabajadores, editado por las Cámaras de Comercio de Alava, Bilbao y Guipúzcoa; b) un "Directorio Industrial del País Vasco", editado por la SPRI sobre la base de la información contenida en las bases de datos de empresas industriales del Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa Industrial del Ministerio de Industria y Energía; y c) el citado Catálogo distribuido por el Gobierno Vasco. Serían, pues, cuatro los directorios referidos a las empresas industriales del País Vasco. En el año 1986, IEBD solicitó una subvención del Gobierno Vasco, que le fue denegada, para la edición de su guía. De dicha guía se editaron 600 ejemplares en el año 1984 y 800 ejemplares en los años 1986 y 1989. El precio de venta de la guía de IEBD en el año 1989 fue de 11.000 PTA ejemplar.

No consta en el expediente información alguna que señale que IEBD haya publicado la "Guía" con posterioridad al año 1989. La publicación del Gobierno Vasco está fechada en 1992. Se indica en el expediente que el Gobierno Vasco y las Cámaras de Comercio actualizarán sus guías en el año 1994.

El Catálogo Industrial Vasco fue editado por la Sociedad Pública Tekel S.A., teniendo reservados el Gobierno Vasco los derechos de traducción y de difusión. Como es habitual en este tipo de publicaciones, se recoge información acerca de los siguientes datos: nombre comercial; contacto; actividad principal previamente codificada; productos principales previamente codificados; número de empleados; facturación y datos sobre exportaciones. La obra se distribuyó gratuitamente a instituciones, agentes económicos y sociales y empresas industriales. Al mismo tiempo se distribuyó en diskette encriptado, para impedir su explotación, junto con el diario Expansión.

El Catálogo Industrial Vasco objeto del presente expediente se ha realizado mediante una encuesta personal a las empresas resultantes de un universo cuyos registros de partida procedían de fuentes diversas.

2. El Servicio acordó, el día 27.05.94, el archivo de las actuaciones considerando la inexistencia de indicios racionales de infracción de la citada Ley 16/1989.
3. Dicho acuerdo fue notificado a la denunciante el día 13.06.94. Y contra él interpuso recurso que fue recibido en el Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal) el día 28.06.94, constando en el escrito el sello fechador de la Oficina de Correos de Irún y la fecha de 23.06.94.

En dicho recurso el denunciante reitera los argumentos contenidos en el escrito de denuncia, insistiendo en cuatro cuestiones, a saber:

- a) La existencia de una práctica conscientemente paralela, justificada por el "conocimiento a través de los años en que se han ido adquiriendo (por el Gobierno Vasco) bien la Guía en su totalidad, bien reproducciones parciales. Por lo tanto, con conocimiento de causa el Gobierno Vasco, paralelamente a INTER EMPRESA, S.A. distribuyó una Guía Industrial gratuitamente".
- b) El abuso de posición dominante tiene su origen en "el hecho de que el Gobierno Vasco distribuye gratuitamente dicha Guía utilizando recursos públicos, que sólo él puede utilizar, tanto económicos como informaciones recogidas por sus diversos departamentos con otros fines (estadísticos, tributarios, etc...) con lo cual quienes como INTER EMPRESA elaboran unas bases de datos propias y previo tratamiento sistematizado lanzan un producto al mercado quedan en una situación claramente desventajosa".
- c) La existencia de comportamiento desleal puesto que el Gobierno Vasco tenía "pleno conocimiento de que dicha Guía estaba en el mercado desde 1984...".
- d) La afectación relevante al interés público "cuando se están utilizando recursos públicos para su elaboración, recursos en principio destinados a otros fines".

En conclusión, el denunciante recurre el archivo y solicita la declaración de "la existencia de competencia desleal, de un abuso de posición de dominio y correlativos...".

4. El día 28.06.94 se solicitó por el Tribunal el expediente y el preceptivo Informe del Servicio sobre el citado recurso. El Servicio, en escrito recibido en el Tribunal el día 06.07.94, reiteró su Acuerdo de archivo toda vez que en el recurso se repiten los argumentos contenidos en el escrito de denuncia, señalando expresamente, en relación con la práctica conscientemente paralela, que, según el denunciante, no requiere la pluralidad de partes, "que una actuación unilateral no puede tratarse de una práctica conscientemente paralela". En relación con el posible abuso de posición de dominio el Servicio se reafirmó en los argumentos expuestos en el Acuerdo recurrido.

5. Mediante Providencia de fecha 06.07.94 el Tribunal puso de manifiesto el expediente a los interesados a los efectos de presentación, en su caso, de los documentos, justificaciones y alegaciones que estimaran pertinentes.
6. El día 08.08.94 se recibió en el Tribunal un escrito de alegaciones del DIGV en el que se señalaba, esencialmente, lo siguiente:
 - a) Su conformidad con el Acuerdo recurrido.
 - b) Su disconformidad con el juicio del denunciante acerca de "la utilización de recursos públicos... en principio destinados para otros fines", reiterando su criterio respecto a que "la difusión de información sobre la realidad industrial de la Comunidad Autónoma del País Vasco ha de entenderse como una función de carácter público en cuanto que permite a los agentes económicos el conocimiento de la realidad y actividad industrial, constituyendo un intangible que fomenta las relaciones económicas y la posible atracción de nuevas iniciativas inversoras. La información es, por tanto, un elemento clave de competitividad, que facilita en todo momento la toma de decisiones a la hora de diseñar y planificar una estrategia industrial".
7. No se ha recibido escrito de alegaciones del denunciante.
8. Se consideran interesados D. Ignacio José Valle Ros, en nombre y representación de IEBD y el Gobierno (Departamento de Industria) del País Vasco.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- Primero.** Entienden los denunciantes que la distribución gratuita de una guía industrial por parte del Gobierno Vasco supone: a) una práctica conscientemente paralela; b) un abuso de posición de dominio; y c) un comportamiento desleal que afecta de forma relevante al interés público.
- Segundo.** Con relación a la posible existencia de una práctica conscientemente paralela, debe declararse la falta de consistencia de la denuncia. Y ello porque el denunciante otorga al concepto un

significado completamente distinto al que le concede el art. 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. Entiende la Ley, y en este sentido se ha manifestado reiteradamente el Servicio a lo largo del expediente, "que para que haya infracción del artículo 1 tiene que darse una pluralidad de partes, cosa que no parece desprenderse del escrito de denuncia puesto que sólo aparece como denunciado el Gobierno Vasco". No procede, pues, aceptar la interpretación del denunciante y la correspondiente alegación.

Tercero. Argumenta también el denunciante que el Gobierno Vasco abusa de su posición de dominio. Entiende, además, que dicho abuso tiene lugar porque el Gobierno Vasco distribuye gratuitamente una obra financiada mediante recursos públicos y aprovecha "su facilidad de acceso a Registros públicos...". Tampoco en este caso es posible aceptar la argumentación del denunciante. El abuso de la posición de dominio, contemplado en el art. 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, exige la previa posición de dominio de un agente económico en un determinado mercado y, posteriormente, el abuso de la misma.

La edición del Catálogo es posterior a la edición de la Guía. Ambas publicaciones están presentes en el mercado junto con otras publicaciones institucionales. Incluso, la edición del Catálogo tiene lugar tras varios años de no publicación de la Guía. El Catálogo Industrial Vasco es un producto claramente diferenciado, por su contenido y en sus aspectos formales, de la Guía Industrial de IEBD.

La diversidad de los directorios sobre la industria del País Vasco revela una progresiva ampliación de la oferta en el mercado de las guías industriales y una diferenciación de la misma. La edición del Catálogo y de la Guía no coinciden en el tiempo. No es posible, pues, en este caso, hablar de posición de dominio y mucho menos de abuso de la misma. Aun siendo en muchas ocasiones una condición necesaria, no son los recursos económicos el elemento que determina la posición de dominio de una empresa en el mercado sino su conducta en dicho mercado. Un análisis dinámico revela que la empresa pionera en la edición de este tipo de guías ha ido perdiendo poder de mercado en favor de los nuevos participantes en el mismo. Ahora la oferta de información se ha ampliado, mejorándose, ofreciendo nuevas posibilidades de elección. El mercado, pues, no está cerrado. No procede, en consecuencia, atender la alegación del denunciante.

Cuarto. La distribución gratuita de publicaciones constituye una conducta habitual de las Administraciones Públicas. Alega el denunciante que la distribución gratuita del Catálogo Industrial Vasco por parte del Gobierno Vasco puede constituir una competencia desleal que restringe significativamente el mercado de IEBD. Es la gratuidad de la distribución lo que se juzga, no la distribución en sí. Entiende el Tribunal que tampoco pueden atenderse, a la luz de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, los argumentos del denunciante apoyados en la presunta competencia desleal derivada de la conducta del Gobierno Vasco que ahora se examina. En efecto, el art. 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia se refiere a "los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público". El Tribunal se ha pronunciado reiteradamente sobre la cuestión en diversas Resoluciones (09.10.91; 23.03.92; 17.02.93; 16.04.93; 10.06.93). En dichas Resoluciones ha señalado que para que hubiese infracción del art. 7 de la Ley 16/1989 deberían darse los siguientes requisitos: a) comportamiento desleal, de acuerdo con la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; b) afectación al interés público por dicho comportamiento; y c) relevancia de la afectación al interés público, expresada en una alteración significativa de los mecanismos que regulan el funcionamiento de la competencia.

Si la conducta que se examina hubiera sido llevada a cabo por una empresa privada tal conducta quizá tendría cabida dentro de la Ley de Defensa de la Competencia como una forma particular de precio predatorio. Sin embargo, el Gobierno vasco ni vende el Catálogo ni persigue un lucro. Su objetivo se circunscribe, dentro del marco de sus competencias, a ofrecer una información gratuita acerca de la realidad industrial del País Vasco. En consecuencia, como concluyó el Servicio, la actuación del Gobierno Vasco no tiene encaje en ninguna de las figuras contempladas por la Ley 3/1991. Y no es un argumento suficiente para contradecir tal afirmación argumentar, como hace el denunciante, que "existía pleno conocimiento de que dicha guía estaba en el mercado desde 1984", dado que tal publicación no estaba amparada por ningún derecho de exclusiva ni el Catálogo Industrial Vasco, editado por el Gobierno Vasco, supone un plagio al responder a una encuesta propia.

Además, en el Fundamento de Derecho tercero se ha acreditado la inexistencia de posición de dominio en un mercado con diversos

agentes que ofrecen productos similares, suficientemente diferenciados entre sí y publicados en momentos distintos.

Quinto. En relación con la presunta afectación al interés público como consecuencia de la utilización de recursos públicos destinados, según el denunciante, a otros fines, debe reiterarse, fundamentalmente, que el Gobierno Vasco tiene competencias para elaborar y distribuir aquella información de carácter empresarial que considere de interés público. Y éstas son facultades no exclusivas del Gobierno Vasco. Se trata de conductas habituales de las Administraciones Públicas consistentes en facilitar información a los administrados mediante la entrega de publicaciones gratuitas.

Además, en este caso, y menos importante, un análisis de la documentación aportada al expediente pone de manifiesto que las condiciones de la demanda de publicaciones conteniendo información sobre las empresas industriales del País Vasco determinan un mercado de reducidas dimensiones cuya importancia económica es exigua. En consecuencia, al no tener el caso que se examina entidad bastante, no procede el pronunciamiento del Tribunal sobre esta cuestión, sin perjuicio de que el denunciante pueda ejercer las acciones correspondientes ante otras instancias. Por ello, la alegación del denunciante debe ser rechazada.

Sexto. El DIGV ha manifestado en el expediente que "en abril de 1992, la sociedad pública Tekel S.A. editó un catálogo industrial vasco, estando reservados todos los derechos de traducción y difusión pública al Gobierno Vasco". Esto es, el Gobierno Vasco ha encargado la impresión del Catálogo a la sociedad pública Tekel, pagando un precio por la edición, y, a continuación, ha distribuido la obra gratuitamente. Dicha estrategia supone tres fenómenos, a saber: en primer lugar, la conversión de un bien privada en un bien público; en segundo lugar, la existencia de una empresa pública; y, en tercer lugar, la elección de una empresa pública en lugar de una empresa privada para la producción del bien. El análisis global del proceso permite concluir que el libre funcionamiento del mercado ha resultado afectado. En consecuencia, se trata, en este momento, de dilucidar si el Tribunal puede enjuiciar, al amparo de sus competencias, la citada afectación de la competencia.

Es función del Tribunal el análisis de aquellos casos en que la competencia resulta restringida y, en tal caso, pronunciarse sobre

la restricción. Y ello porque la defensa de la competencia -bien jurídico protegido por la citada Ley 16/1989- emana de la defensa del interés público. Si embargo, el Tribunal no puede pronunciarse en todos los casos. Concretamente, en el expediente que se examina, el juicio sobre los fenómenos citados excede las competencias de este Tribunal. Y ello por la siguientes razones:

- a) En primer lugar, porque la conversión de un bien privado en un bien público es uno de los instrumentos empleados por el sector público ante la presencia de externalidades que no serían optimizadas por la provisión privada de bienes y servicios. Se trata, pues, de una decisión de los poderes públicos acerca de la cual no corresponde pronunciarse al Tribunal.
- b) En segundo lugar, porque la mera existencia de Tekel S.A., pese a sus efectos sobre la competencia, queda fuera del alcance de las competencias del Tribunal, correspondiendo su juicio a otras instancias. La iniciativa pública en la actividad económica está reconocida en el artículo 128.2 de la Constitución Española (CE). La iniciativa pública empresarial se añade a la iniciativa privada, corolario de la libertad de la empresa, reconocida en el art. 38 de la CE. Pero las condiciones inherentes a la creación de empresas privadas o públicas no son idénticas. En el primer caso, la creación de una empresa responde a la libre iniciativa de los empresarios con la única condición de que los fines de la misma sean lícitos (art. 38 de la CE). En el segundo caso, debe existir la concurrencia del interés público (art.103.1 de la CE) y las inversiones públicas deben responder a los principios de eficacia y economía (art. 31.2 de la CE). En síntesis, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 10.10.89 "la creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, pero está sujeta a la doble condición de que la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación, y que en el ejercicio de la actividad económica empresarial de que se trate la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto a las mismas reglas de la competencia que rigen el mercado."

Tekel S.A., operador económico, como cualquier otra

empresa está sometida a las normas del mercado; esto es, a la competencia. En el expediente no ha habido denuncia alguna contra dicha empresa. Tampoco se ha detectado que las iniciativas de dicha empresa hayan sido contrarias a la competencia. Los posibles efectos sobre la competencia no responden, en este caso, a la estrategia de la empresa sino que proceden de la institución que la tutela. En consecuencia, desde la perspectiva de la Ley de Defensa de la Competencia no hay nada que decir.

- c) En tercer lugar, porque el proceso de contratación de bienes y servicios por las Administraciones Públicas, en este caso, se ha regido por las normas de contratación vigentes para los entes públicos.

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

HA RESUELTO

Desestimar el recurso interpuesto por D. Ignacio José Valle Ros contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia del día 27.05.94, por el que se decretaba el archivo de las actuaciones seguidas con el número 1010/93 que tuvieron como origen la denuncia formulada contra el Gobierno Vasco.

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