

RESOLUCIÓN (Expte. R 84/94 Anave)

Pleno

Excmos. Sres.:

Fernández Ordóñez, Presidente

Alonso Soto, Vocal

Bermejo Zofío, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

de Torres Simó, Vocal

Soriano García, Vocal

Menéndez Rexach, Vocal

Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 26 de septiembre de 1994.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Eduardo Menéndez Rexach, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 84/94 (984/93 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por Asociación de Navieros Españoles contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de 26 de mayo de 1994, por el que se sobreseyó el expediente incoado como consecuencia de su denuncia contra el Banco Exterior de España y la compañía Contenemar S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 26 de mayo de 1994 el Director General de Defensa de la Competencia adoptó un Acuerdo por el que sobreseyó el expediente nº 984/93, seguido ante el Servicio de Defensa de la Competencia, a virtud de denuncia de la Asociación de Navieros Españoles (ANAVE) contra el Banco Exterior de España S.A. (BEX) y la compañía Contenemar S.A.
2. Notificado el Acuerdo al denunciante, por éste se interpuso recurso ante este Tribunal de Defensa de la Competencia y lo basaba en los hechos que, resumidamente, son los siguientes:
 - a) La denuncia se basaba en la concesión por el BEX a Contenemar de una muy importante quita y, simultáneamente, Contenemar rebajó los precios de los fletes en el tráfico Península con Baleares y Canarias, solicitando del Servicio el inicio de un procedimiento para clarificar la certeza de los hechos.

- b) El Servicio acordó incoar expediente y nombrar instructor, quien, tras diversos trámites e investigaciones realizadas, dictó el 5 de abril de 1994 una Providencia en la que, entre otros, consideraba como probado el hecho de que en el acuerdo de quita entre BEX y Contenemar se incluyó una condición resolutoria consistente en la obligación del pago reducido total el 10 de diciembre de 1993 y que, al no ser cumplido por Contenemar, determinó al BEX a denunciar el acuerdo, el cual quedó, en consecuencia, sin efecto.
- c) Contra dicha Providencia formuló alegaciones para que no fuera sobreseído el expediente y se abriera un período adicional de prueba para comprobar la veracidad de la bajada de fletes.

Como fundamentos de derecho citaba el art. 1.d) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), ya que el BEX aplica condiciones desiguales a prestaciones equivalentes, pues al ser prácticamente todas las navieras deudoras del BEX el acuerdo de quita con una de ellas, que no cumple, penaliza a las cumplidoras; al estar vigente el acuerdo durante 7 meses dio lugar a una expectativa de disminución de costes financieros a Contenemar, posibilitando, así, una reducción del coste de los fletes; pero, al no haberse confirmado las expectativas, Contenemar ha estado vendiendo a pérdidas, infringiendo el art. 17 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal con perjuicio de las otras navieras.

Por otra parte, la resolución del Servicio dice que ANAVE no ha probado la competencia desleal en los fletes, siendo así que el Servicio ha de investigar de oficio los hechos denunciados, conforme al art. 36 LDC y sólo ha comprobado la existencia del acuerdo, no la bajada de fletes. Se ha colocado a ANAVE en una posición de indefensión, pues ni el Servicio ha investigado este hecho ni se le ha requerido a la denunciante para que aporte pruebas.

- 3. Recibido el recurso en el Tribunal, por Providencia de 5 de julio se acordó unir el informe solicitado al SDC así como el expte. 984/93 tramitado en el mismo, y ponerlo de manifiesto a los interesados por 15 días hábiles para que formularan las alegaciones y presentasen los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes, conforme al art. 48.3 LDC.
- 4. Dentro del plazo concedido, el SDC emitió un informe haciendo constar que el recurso había sido interpuesto dentro de plazo; en cuanto al fondo, que el acto origen de la denuncia no tuvo virtualidad jurídica al incumplir Contenemar la condición resolutoria: el acuerdo hubiera dado a Contenemar la posibilidad de bajar los fletes, pero al no ser eficaz no ha existido tal posibilidad y no procede extender la investigación. Además, el

denunciante ha tenido ocasión de aportar datos al expediente y el Servicio "ha realizado todos los actos de instrucción que ha considerado necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales se ha dictado la Resolución recurrida".

5. Por su parte, Contenemar niega la existencia de trato preferencial en sus acuerdos financieros con el BEX, así como que haya reducido los fletes por debajo del costo, pues durante el período citado por la denunciante estaba en vigor la conferencia marítima COPECAN, cuyos fletes son los aplicados por Contenemar, no así por otras navieras, alguna de ellas pertenecientes a ANAVE, que aplicaron fletes inferiores. Acompañaba Contenemar documentos justificativos de los fletes aplicados por dichas navieras y de los escritos de denuncia de Contenemar por aplicación de descuentos irregulares.

La denunciante, continúa Contenemar, no ha probado ninguno de los hechos de su denuncia, siendo así que el BEX informó que Contenemar incumplió la condición resolutoria, por lo que la causa motivadora del expediente no llegó a existir.

6. El BEX ha formulado las siguientes alegaciones:
 - a) El acuerdo BEX-Grupo Seguí no está prohibido por el art. 1 LDC, ya que el Banco no ha aplicado condiciones desiguales a prestaciones equivalentes a sus clientes del sector naviero, pues no se trata de concesiones de créditos sino de operaciones de recobro: en éstas el trato ha de ser necesariamente desigual ante la variedad de las circunstancias que pueden afectar a cada cliente.
 - b) ANAVE no ha probado la baja de fletes por Contenemar ni que esa reducción respondiera a las expectativas financieras derivadas del acuerdo con BEX; por el contrario, los acuerdos de actualización de deuda suponen un importante esfuerzo financiero inmediato, por lo que el efecto del acuerdo sobre los fletes debió ser el contrario del que dice la denunciante.
 - c) ANAVE no ha presentado prueba alguna de los hechos denunciados, ni ha pedido que se practiquen concretas diligencias de prueba, por lo que su invocación de indefensión carece de fundamento.

Al igual que Contenemar, concluía solicitando la desestimación del recurso interpuesto.

7. ANAVE formuló alegaciones que, resumidamente, son las siguientes:

- a) El BEX ocupa una posición de dominio en materia de créditos a las empresas navieras en un marco general de crisis profunda del sector naval desde 1981.
- b) El BEX aplica las mismas condiciones de financiación a todas las navieras como lo revelan los escritos que adjunta sobre la situación crediticia de cinco de ellas y si no cumplen en los plazos pactados se llega a la venta judicial de buques en ejecución de la hipoteca naval.
- c) La deuda de Contenemar con el BEX en 1993 era 12.150 millones de pesetas y Contenemar ha incumplido los pagos y acuerdos sin que el BEX haya instado la ejecución de la garantía hipotecaria, aduciendo para ello el escaso valor de los buques, el perjuicio del servicio en el tráfico insular y la creación de un problema social. Sin embargo, el 27 de mayo de 1993 el BEX actualiza la deuda con Contenemar a 5.010 millones de pesetas y un acuerdo de quita similar a éste no ha sido ofrecido por el BEX a ninguna de las otras navieras.
- d) Tras el incumplimiento de la condición resolutoria por parte de Contenemar no hay prueba alguna de que el BEX haya ejecutado sus créditos contra aquella, lo que supone de hecho una quita del 100% de la deuda. Este trato desigual con sus deudores provoca una desventaja competitiva, por lo que, insiste ANAVE, el BEX debe ejecutar sus créditos contra Contenemar.
- e) Las conferencias BALCON y COPECAN desaparecen el 6 de agosto de 1993 y en septiembre de 1992, respectivamente, pero desde dos años antes hay gran competencia en los fletes, por lo que la competencia no se ve afectada por la desaparición de las conferencias y es, precisamente, de mayo a septiembre de 1993, justo cuando está vigente el acuerdo del BEX con Contenemar, cuando es más virulenta.

Por todo ello, solicita al Tribunal que con estimación del recurso se revoque el acuerdo de sobreseimiento y se instruyan actuaciones en constatación de existencia de conductas prohibidas por la LDC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Alude el recurrente en sus escritos presentados ante el Servicio de Defensa de la Competencia y ante este Tribunal a conductas que pudieran estar incursas en todos los tipos de infracción previstos en la Ley de Defensa de la Competencia, pues, en efecto, unas veces se refiere a la existencia de un acuerdo entre el BEX y Contenemar que restringe la competencia por aplicar en las relaciones comerciales condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y colocan a algunas competidores en situación desventajosa frente a otros; otras, menciona la posición de dominio del BEX en el mercado de créditos al sector naval, dando a entender que pudiera ser abusiva su postura de beneficiar a un competidor frente a otros al ofrecer a aquél mejores condiciones para el pago de sus deudas, cuyo abuso de posición de dominio está prohibido por el art. 6 de la propia Ley; y, por último, se refiere a la existencia de actos de competencia desleal que produciría un falseamiento de la libre competencia con afectación del interés público, conducta prevista y prohibida, igualmente, por el art. 7 de la repetida Ley. No existen, sin embargo, los menores indicios de que los hechos denunciados, tras la investigación realizada por el instructor, sean constitutivos de ninguna de estas infracciones.
2. Reconocida la existencia de un acuerdo de reducción de deuda entre el BEX, -que se había subrogado en los créditos concedidos a diversas navieras inicialmente por el Banco de Crédito Industrial y el Banco de Crédito a la Construcción- tras un proceso de adquisición o fusión entre dichos Bancos a Contenemar, se encuentra igualmente acreditado que este acuerdo estaba sometido a una condición resolutoria, consistente en el pago de la deuda actualizada pocos meses después de la firma del acuerdo, el incumplimiento de cuya obligación condicionaba la eficacia del mencionado pacto, lo que no es sino reflejo de lo dispuesto en el art. 1.114 del Código Civil respecto de las obligaciones condicionales, en las que *"la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerá del acontecimiento a que se somete la condición"*. Unos días después del término previsto para el pago de la deuda actualizada y ante el incumplimiento del pago por parte de Contenemar, el Banco denuncia por escrito el convenio, como también consta en el expediente, por lo que recobran su vigencia las deudas y condiciones anteriores y, así, el primero de los hechos denunciados carece de relevancia alguna sobre la competencia en el sector; además, carece de sentido tratar de aplicar la prohibición del citado art. 1.d) a este caso, pues, como dice el Banco denunciado, no se trata de operaciones de crédito, que serían consideradas relaciones comerciales, sino de tratar de cobrar las deudas vencidas y existentes de los distintos operadores de un sector en crisis, por lo que es razonable que se atiendan las diferentes

circunstancias que concurren en cada una de ellas, de forma que las expectativas de cobro sean lo más realistas posibles. Por ello, un acuerdo de este tipo no constituye una infracción del art. 1 LDC ni, tampoco, del art. 6 de la propia Ley. Cabe añadir a todo ello, a efectos puramente dialécticos, que, al tratarse de concesión de créditos y ayudas oficiales, podría contemplarse el asunto desde la perspectiva de las ayudas públicas a que se refiere el art. 19 LDC, que pueden ser examinadas por el Tribunal, siempre que medie solicitud del Ministro de Economía y Hacienda, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

3. El segundo hecho denunciado, que ahora insiste el recurrente en que se investigue, se refiere a una reducción de fletes presuntamente aplicada por Contenemar ante las mejores expectativas financieras derivadas de su acuerdo con el BEX, y de las investigaciones realizadas por el Servicio en este sentido no se desprende dato alguno que permita determinar la posible existencia de esta disminución, en principio favorecedora de la competencia, ni que ello haya producido o tuviera como objeto la expulsión de otros competidores del mercado mediante la fijación de precios predatorios por parte de una empresa, en este caso Contenemar, que gozase de una posición de dominio, lo que tampoco se ha demostrado, ni, además, de ser cierta la bajada de los fletes, parece que su aplicación durante unos pocos meses pudiera afectar significativamente al mercado en cuestión y alterar su estructura. Además, durante este período estaban vigentes las Conferencias Marítimas Balcon y Copecan, el incumplimiento de Contenemar de las tarifas conferenciales podría dar lugar a su expulsión de las conferencias lo que no consta en el expediente.

No es cierto, tampoco, que el Servicio de Defensa de la Competencia no haya considerado ni se haya pronunciado sobre la reducción de fletes, como alega la recurrente, ya que el instructor, en su propuesta de sobreseimiento de 5 de abril de 1994, dice textualmente que *"la hipotética distorsión en los fletes, practicada por el grupo de empresas Contenemar, estaría fundamentada en el destino a este objetivo de los recursos económicos liberados por el menor coste financiero de los préstamos adeudados, circunstancia ésta que no ha llegado a tener lugar"*; esta afirmación del Servicio podrá ser o no compartida por el recurrente, pero lo que no ha ocurrido es que el órgano administrativo haya ignorado esta parte de la denuncia.

4. Por último, la alegación de indefensión tampoco puede ser considerada como argumento eficaz contra la resolución del Servicio. En efecto, desde la providencia de incoación del expediente, de 17 de noviembre de 1993, notificada al ahora recurrente, éste ha tenido ocasión de aportar datos y documentos y de proponer la práctica de diligencias que estimase

conducentes a justificar los hechos de la denuncia. En las alegaciones presentadas contra la propuesta de sobreseimiento, que le fue notificada por el Servicio en cumplimiento de lo dispuesto en las normas rectoras del procedimiento administrativo y de las particulares del procedimiento ante los órganos de defensa de la competencia, no presentó dato alguno para justificar este extremo, que el Servicio, razonadamente, creyó innecesario investigar de oficio dada la ineficacia probada del referido acuerdo BEX-Contenemar. Y, por último, tampoco en el trámite de alegación y prueba, previsto por este Tribunal en el art. 48 LDC ha realizado el recurrente actividad relevante alguna, por lo que el derecho fundamental a la tutela efectiva con interdicción de la indefensión reconocido en el art. 24 de la Constitución Española, no ha sido vulnerado en el presente caso sino que, antes al contrario, se ha respetado escrupulosamente su contenido dando curso a la denuncia, investigando los hechos denunciados y rechazando motivadamente las pretensiones del recurrente consideradas innecesarias por el órgano instructor, con lo que ha tenido plena vigencia el contenido esencial de este derecho, tal y como ha sido declarado en numerosas resoluciones por el Tribunal Constitucional.

5. Por todas estas razones procede desestimar el recurso y confirmar el Acuerdo de sobreseimiento.

VISTOS: Los artículos citados, el Tribunal

HA RESUELTO.

Desestimar el recurso interpuesto por ANAVE contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia de 26 de mayo de 1994 por el que se acordaba el sobreseimiento del expediente objeto del presente recurso.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles 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 contados desde su notificación.