

RESOLUCIÓN (Expte. A 28/92)

Pleno

Excmos. Sres.:

Fernández Ordóñez, Presidente

Martín Canivell, Vocal

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

De Torres Simó, Vocal

Soriano García, Vocal

Menéndez Rexach, Vocal

En Madrid a 2 de noviembre de 1992.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, constituido por los señores que al margen se relacionan y reunido para resolver sobre el recurso A 28/92 contra el Acuerdo de 8 de julio de 1992, del Ilmo. Sr. Director General de Defensa de la Competencia, por el que se archivan las actuaciones del expediente nº 851/92 del Servicio de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º Con fecha 25 de junio de 1992, tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia escrito firmado por don Pedro Cabeza Generoso en calidad de Presidente de Seguridad Ceres S.A. en el que, tras exponer el objeto social de su empresa dedicada a vigilancia y protección de bienes, actividades y explosivos, indicaba que tradicionalmente venía prestando servicios de seguridad a Unión Española de Explosivos S.A. (desde 1985). Incluía relación de los depósitos comerciales y fábricas objeto de vigilancia. Acompañaba carta del representante de dicha mercantil en la que, de conformidad con la estipulación cuarta del contrato previamente suscrito entre ambas compañías, quedaba éste resuelto sin posibilidad de prórroga ya que, a partir de dicho momento (1 de junio de 1991), sería otra empresa, Quasar Seguridad S.A., la que prestaría el servicio de vigilancia. Quasar, según manifiesta el denunciante, pertenece al 100% a accionistas extranjeros (Grupo Torras), lo que, por aplicación de la normativa sobre prestación privada de servicios de seguridad, obliga a que fuera otra empresa, Protego Seguridad S.A., la que prestase tales servicios. Esta última empresa fue adquirida por el grupo Torras (27/10/90). Continúa el denunciante manifestando que a su juicio, "dada la composición accionarial de ambas sociedades y de la posición de efectivo dominio ejercida por el Grupo Torras en manos de capital propiedad del

Estado Kuwaití, la vigilancia de un sector estratégico para la Defensa Nacional ha quedado bajo el poder de decisión de un Estado árabe (Kuwait), en contravención con la normativa sobre inversiones extranjeras y prestación privada de servicios de seguridad, en sectores estratégicos para la Defensa Nacional". Unión de Explosivos tiene un monopolio de hecho en la producción, comercialización y distribución de productos explosivos en España y pertenece en un 100% de su capital a Ercros S.A., en la que, a juicio del denunciante, participa mayoritariamente el Grupo Torras, con lo que en definitiva el Grupo Torras domina a U.E.E., "por lo que, prevaliéndose de su posición de dominio en el mercado de explosivos, ha atribuido toda la vigilancia de sus centros de distribución a empresas a ella vinculadas a través del Grupo Torras, que no pueden ejercer dicha actividad, con arreglo a la normativa antes citada, restringiendo la competencia a otras empresas de seguridad debidamente homologadas para el ejercicio de la misma en el concreto mercado de vigilancia de depósitos comerciales y fábricas de explosivos".

- 2º Con fecha 8 de julio de 1992 se produjo el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia en que se indicaba que: "Examinada la denuncia y documentación aportada se concluye que los hechos denunciados no se encuentran contemplados en los supuestos de aplicación establecidos en los arts. 1º, 6º y 7º de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, toda vez que U.E.E. puede contratar los servicios de vigilancia con las sociedades de seguridad que considere conveniente, no siendo competencia de esta Dirección General estimar si dichas sociedades están capacitadas legalmente para ejercer las funciones de vigilancia encomendadas". Se acuerda en consecuencia el archivo de actuaciones.
- 3º El día 24 de julio de 1992, tuvo entrada en el Tribunal el escrito de Seguridad Ceres S.A. Tras alegar indefensión por no haber sido oída (art. 37.4 de la Ley de Defensa de la Competencia en conexión con el art. 91.3 de la L.P.A.), señala en cuanto al fondo del asunto que se trata de un abuso de posición de dominio del grupo Torras que pretende eliminar sistemáticamente de la prestación de servicios a todas las empresas no vinculadas a él, creando un "holding perfecto". Solicita la retroacción de las actuaciones al momento en que se omitió el trámite de audiencia y la incoación del oportuno expediente por vulneración de los preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia.
- 4º El día 30 de julio tuvo entrada en el Tribunal el escrito del Servicio de Defensa de la Competencia emitiendo el informe previsto en el art. 48.1 de la Ley de Defensa de la Competencia que se le había solicitado por escrito del 24 anterior. Señala que la denuncia debe ser examinada por esta Dirección General que podrá proceder al archivo de las actuaciones, sin necesidad de oír a los interesados si los hechos denunciados no tienen, a su juicio, la

consideración de conductas prohibidas por la Ley, acto administrativo siempre sometido a revisión por el Tribunal de Defensa de la Competencia, en vía de recurso. Asimismo, al no haber sido admitido a trámite el expediente de referencia, previamente al Acuerdo del Director General del archivo de las actuaciones, no se considera al denunciado como parte interesada del mismo, por lo que no ha recibido notificación de dicho Acuerdo al no afectar a sus derechos o intereses. En cuanto al tema de fondo, el Servicio estima que reproduce todos los argumentos el denunciante por lo que no aporta ningún dato ni argumento nuevo y se entiende que no desvirtúa el Acuerdo de Archivo.

- 5º Con fecha 17 de septiembre de 1992 tuvo entrada escrito de Seguridad Ceres S.A. en el que presentaba sus alegaciones.
- 6º Tuvo entrada en el Tribunal escrito de 25.9.92, de Unión Española de Explosivos S.A., en el que manifiesta que el día diez de dicho mes se le notificó la Providencia dictada por el Tribunal el 1 anterior. El escrito, sin embargo, se presenta fuera de plazo ya que tuvo entrada en el Tribunal el día 2 de octubre y se le había notificado el día 10 de septiembre, habiendo transcurrido, pues, el plazo de 15 días concedido en aquella Providencia, plazo que terminó el 28 de septiembre. No se tiene por tanto en consideración.
- 7º Son interesados en el expediente, Seguridad Ceres S.A. y Unión Española de Explosivos S.A.

Ha sido Ponente el Sr. Soriano García.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Conviene comenzar analizando los motivos formales invocados por el recurrente puesto que, de atender a bs mismos, sobraría entera el resto de la Resolución dado que la omisión del deber de audiencia, tal como enseña la jurisprudencia comunitaria y la de nuestro Tribunal Supremo, concluye con otorgar el máximo nivel de nulidad, esto es, la nulidad de pleno derecho.

Para ello es imprescindible hacer un estudio de lo establecido en los artículos 36.2 y 37.4 de la Ley de Defensa de la Competencia.

El primero de los preceptos citados dice: "El Servicio podrá acordar la instrucción de una información reservada antes de resolver la incoación del expediente o, en su caso, el archivo de las actuaciones".

El segundo de los artículos que estudiamos declara: "El Servicio podrá sobreseer el expediente, previa audiencia de los interesados. Contra la resolución de sobreseimiento podrá interponerse recurso conforme a lo dispuesto en los artículos 48 y 49". Hay que recordar que estos preceptos establecen el régimen de los recursos administrativos - trámites y resolución de los recursos contra las Resoluciones del Tribunal- al mismo tiempo que el art. 47 establece el régimen contra los actos de archivo.

Son tres los sistemas para poner en marcha la iniciación del expediente ante el Servicio de conformidad con nuestro texto legal: a) que se actúe de oficio, de forma que el conocimiento de la cuestión objeto de procedimiento parta de la propia Administración, bien de sus medios, bien de los medios de comunicación, bien, en definitiva, de cualquier medio lícito que, estimado como fiable y bastante por el órgano administrativo, sirva para que, excitado su celo administrativo, pueda comenzar las actuaciones conducentes a realizar los actos de iniciación propiamente dicha; b) mediante instancia de persona interesada, esto es de quien se considere titular de un interés personal, subjetivo y directo en el asunto, o, naturalmente, de quien ostente un derecho subjetivo pleno y perfecto; y c) por pura denuncia, esto es, por comunicación de un hecho supuestamente contrario a la normativa de competencia realizado por cualquier miembro de la comunidad jurídica, puesto que la Ley permite a estos efectos una actuación popular ya que tiene vocación de permitir la "dicatio ad populum" en temas de competencia. Legitimación, bien entendido, para poner en marcha, en su caso, el procedimiento, sin que de ahí derive necesariamente que quepa otorgarle la condición de legitimado como parte en un ulterior procedimiento si éste llega a tener lugar; recordemos que, de conformidad con lo establecido en el art. 68 de la Ley de Procedimiento Administrativo, la denuncia es en realidad un mecanismo dispuesto para intentar la incoación de oficio, junto con la propia iniciativa del órgano administrativo, la orden de órgano superior y la moción razonada de subordinados. Esto es, la denuncia resulta a la postre un puro sistema de comunicación al órgano competente para que éste, de oficio, proceda, si aparentemente se dan los requisitos legales, a iniciar el procedimiento.

Esto se dice también en realidad en el art. 36.1 de la Ley cuando señala en su párrafo primero: "El procedimiento se inicia por el Servicio de oficio o a instancia de parte interesada". El párrafo segundo de este precepto continúa diciendo: "La denuncia de conductas prohibidas por este texto legal es pública; cualquier persona, interesada o no, puede formularla ante el Servicio, que

incoará expediente cuando se observen indicios racionales de su existencia".

Así pues, la denuncia en realidad es un mecanismo excitatorio del órgano administrativo que ha de resolver sobre la iniciación del expediente y que puede a su vez ser formulada tanto por quien es interesado como por quien no lo es.

La condición de interesado no concluye pues forzosamente en una iniciación a su instancia, sino que puede vestir asimismo la mera fórmula de la pura denuncia, como con paladina claridad nos ofrece el párrafo segundo del número uno del artículo 36 de la Ley.

En todo caso, los tres mecanismos de iniciación -subsumidos en dos como hemos visto - no han de concluir forzosamente en la apertura de expediente. Antes bien, cualquiera que sea el medio de iniciación -oficio, instancia, denuncia- podrá suceder una de estas tres cosas: a) que se estime suficientemente fundada la actuación y se proceda a abrir expediente mediante Providencia de incoación con nombramiento de Instructor y en su caso de Secretario; b) que se estime necesario realizar previamente una información reservada, a resultas de la cual se procederá en su caso a la apertura del expediente o a la clausura de las actuaciones; c) que se estime que lo procedente es ordenar el archivo de las actuaciones cuando de las mismas resulte claro que carecen manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma. En este último caso cabe la resolución directa del expediente mediante la orden de archivo -tal como, por lo demás, establece y determina el art. 36.2 de la Ley- ya que no existe un derecho a mantener la acusación que se estima infundada, aparte de que en realidad no puede hablarse propiamente de acusación puesto que nos encontramos ante un procedimiento que se realiza por entero por la Administración en la que la posición del interesado resulta más cercana a la de un "amicus curiae" que a la de un acusador privado, puesto que el interés que en este foro se ha de ventilar siempre y en todo caso es el interés objetivo de la Ley y del orden público económico supuestamente violado por la conducta anticompetitiva. Interés que han de mantener todos los órganos de defensa de la competencia, tanto el Servicio como el Tribunal.

En resolución, pues, resulta que ni de la condición de interesado se deduce siempre y necesariamente en el marco de nuestra Ley que tenga derecho a la iniciación del procedimiento, ni tampoco que su posición sea otra que la de puro denunciante. Cabe perfectamente en el encuadramiento legal que un interesado realice una instancia

motivada o una pura denuncia. Y cabe también que de su instancia motivada, iniciado así el procedimiento, concluya éste con un puro archivo de actuaciones sin apertura de expediente propiamente dicho. Lo cual no significa actuar de plano, sino simplemente hacer un juicio provisorio cuando no aparezcan indicios racionales de existencia de una conducta prohibida.

Otra cosa será que el denunciante entienda que sí existe esa apariencia de indicios racionales y que por tanto la omisión de la apertura del procedimiento constituya una actuación irregular de la Administración. Para eso está justamente la generosa posibilidad del art. 47 de la Ley que contempla precisamente el recurso contra el acto de archivo. Que es exactamente el punto donde nos encontramos.

No ha existido, pues, en manera alguna violación del principio de audiencia, puesto que no ha existido nunca una Providencia de incoación de expediente. No ha habido expediente, luego no ha habido interesado. Aparte está el hecho de que el recurrente ha expuesto cuanto ha tenido a bien ante este Tribunal, órgano administrativo asimismo, por lo que, si hipotéticamente hubiera existido esa supuesta violación, habría quedado totalmente subsanada.

Segundo. En todo caso, conviene, a efectos de esta Resolución, recordar que el mercado de custodia, depósito y seguridad de explosivos es un mercado bien diferente del de la fabricación y elaboración de los mismos. La tenencia y vigilancia de polvorines, fortines, demoliciones, minas, canteras, etc, constituye un mercado de producto totalmente distinto del de la investigación y elaboración de este tipo de sustancias.

En el caso de que la denunciada tuviera posición de dominio en el mercado de fabricación, no se desprende de ahí que tenga dicha posición de dominio en este otro mercado de tenencia y custodia de los productos explosivos. Hay muchos centros en la geografía española completamente dispersos y cada uno con una distinta importancia, sin que resulte en modo alguno acreditado en la denuncia que la empresa Unión Española de Explosivos S.A. tenga en modo alguno posición dominante en este otro mercado.

Tercero. Se imputa asimismo a esta empresa la creación de un "holding" perfecto al contratar servicios con empresas en las que participa.

La creación de sociedades de tenencia no está reñida con el derecho de la competencia. No existe obligación de no crecer económicamente, no al menos en este tipo de expedientes, que no tienen nada que ver con una concentración. Antes bien, el aprovechamiento de las economías de escala es un resultado lógico en economía que resulta perfectamente asumible por el derecho de la competencia. El abuso de posición de dominio mediante el empleo de técnicas de deslealtad para expulsar a otro operador del mercado no se da por el mero hecho de generar filiales para obtener resultados económicos mejores para el dominante. No existe obligación de contratar a la fuerza un determinado servicio con una empresa determinada, por el hecho de tener posición de dominio sino, por el contrario, de prestarlo. Así pues, aun cuando las sociedades de vigilancia estuviesen mal constituidas legalmente -lo cual no es tampoco patente por cuanto no se ha mostrado de manera indubitada el porcentaje de capital extranjero de la prestadora de servicios- dicha infracción de normas no sería bastante para construir la deslealtad cuando esa infracción no determina en sí misma ninguna ventaja competitiva al infractor.

Pero, insistimos esta exposición realizada "docendi causa", tampoco resulta consistente con el resultado del expediente puesto que Unión Española de Explosivos S.A. no tiene siquiera posición de dominio en el mercado de la tenencia, custodia y vigilancia de productos explosivos, sin que las manifestaciones del recurrente sean otra cosa que una pura y subjetiva opinión, estimable exclusivamente como tal. En definitiva, y como bien señala el Servicio de Defensa de la Competencia, Unión Española de Explosivos S.A. puede contratar los servicios de vigilancia con las sociedades de seguridad que considere conveniente.

VISTA la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y demás disposiciones de aplicación al caso, el Pleno del Tribunal.

HA RESUELTO

Desestimar el recurso interpuesto y confirmar la Resolución de la Dirección General de Defensa de la Competencia de 8 de julio de 1992.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.