

RESOLUCIÓN (Expte. MC 12/96. Desmotadoras De Algodón 2)

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 24 de febrero de 1997.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. José Hernández Delgado, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el expediente MC 12/96, de medidas cautelares propuestas por el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio), a instancia de la empresa Algodonera de las Cabezas S.A., en el curso del expediente sancionador 370/96 (1236/95 del Servicio) que se instruye contra veintiuna entidades desmotadoras de algodón por el Acuerdo Profesional suscrito el 20 de septiembre de 1993 para repartirse el mercado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 5 de mayo de 1995 tiene entrada en la Dirección General de Defensa de la Competencia un escrito de la empresa "NUEVA DESMOTADORA SEVILLANA S.A." en el que denuncia el denominado "Acuerdo Profesional" suscrito el día 20 de septiembre de 1993 entre veintiuna empresas desmotadoras de algodón, por restringir gravemente la competencia.

Posteriormente, en los meses de mayo y julio de 1995, dicho "Acuerdo Profesional" fue objeto de denuncia por otras dos de las sociedades firmantes, dando origen a la iniciación de un expediente sancionador, actualmente en fase de resolución en el Tribunal, por infracción de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

2. Mediante escrito de fecha 19 de septiembre de 1996, con entrada en el Servicio el 7 de octubre del mismo año, Algodonera de las Cabezas S.A. solicita la adopción de medidas cautelares alegando que el "Acuerdo Profesional" establece una cláusula arbitral que designa como árbitro al Sr. Pumar Mariño, que al mismo tiempo es el depositario de las garantías que deben ser constituidas por las entidades firmantes cada campaña. Señala que dicho árbitro ha dictado 4 laudos implicando, fundamentalmente los relativos a liquidación y cobertura del déficit de las campañas 93-94 y 94-95, el pago por parte de algunas de las desmotadoras firmantes de varios millones de pesetas, en favor de las que no han rebasado su coeficiente.

En su escrito indica que los dos primeros laudos fueron recurridos en anulación ante la Audiencia Provincial de Sevilla, que dictó sentencia con fecha 22 de mayo de 1995 desestimando los recursos interpuestos y confirmando ambos laudos, los cuales fueron íntegramente ejecutados, al obrar en poder del árbitro las garantías constituidas por todas las entidades desmotadoras. En relación con los otros dos laudos que han sido recurridos y los recursos de anulación no resueltos, a su juicio van a ser con casi seguridad desestimados al no concurrir ni tan siquiera la causa de nulidad de ser contrario el Acuerdo al orden público, al no haberse dictado aún resolución por el Tribunal que declare ilegal el Acuerdo Profesional que sirve de base a los laudos.

El solicitante señala que en estas circunstancias resulta muy probable que los recursos de anulación se resuelvan antes de que se dicte resolución por el Tribunal y se confirmen los laudos pendientes, con lo que los mismos serían ejecutados inmediatamente al tener garantizados su cobro mediante las medidas cautelares instadas ante el Juzgado de Primera Instancia.

Considera el solicitante que, dado que la mayoría de las entidades que deben recibir las compensaciones son prácticamente insolventes, se puede producir la anómala situación de que se declare la ilegalidad del Acuerdo, y por tanto, la nulidad de pleno derecho del mismo y de los laudos y que las entidades que hayan pagado tengan que pedir la devolución a entidades insolventes, con lo que el perjuicio sería ya irreparable.

Por ello solicita, en concreto, las siguientes medidas:

- . *"Se ordene la cesación total y absoluta de la aplicación del Acuerdo Profesional de 20 de septiembre de 1993, y especialmente los laudos dictados por el Sr. Pumar Mariño aún cuando fueran confirmados por la Audiencia Provincial de Sevilla, en los rollos de recurso de anulación que se siguen contra los mismos".*

. *"Que dicha orden se dirija contra las entidades firmantes del Acuerdo y contra el árbitro Sr. Pumar Mariño, con los apercibimientos oportunos".*

3. A la vista de lo anterior, el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acuerda proponer de oficio al Tribunal *"Que se exija a las empresas beneficiadas por las compensaciones económicas como consecuencia de la aplicación del Acuerdo Profesional de 20 de septiembre de 1993 durante las campañas 1.993/94 y 1.994/95, aval bancario por las cantidades percibidas o en su caso depósito de las mismas en ese Tribunal".*
4. Recibida la propuesta en el Tribunal el día 17 de octubre de 1996, por Providencia de 25 de octubre de 1996, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que presentaran alegaciones.
5. Han presentado alegaciones favorables a la adopción de medidas cautelares: Algodonera de las Cabezas S.A.; S. Coop. Andaluza Agrícola-Ganadera de Pinzón; Nueva Desmotadora Sevillana, S.A.; Agrícola de Barbate S.A. y ASAJA-Sevilla.

Han presentado alegaciones contrarias a la adopción de las medidas cautelares propuestas: Eurosemillas S.A.; Sociedad Agraria de Transformación nº 1381 "Campo de Cartagena"; Las Marismas de Lebrija S. Coop. Andaluza; Mediterráneo Algodón S.A.; Algysol S.A.; Las Palmeras S. Coop. Andaluza; Trajano S. Coop Andaluza; Surcotton S.A. y Algodonera Utrerana S.A.

No se han manifestado: Coop. Andaluza Ecijana de Servicios Agropecuarios; Algodonera de Palma S.A.; Moratalla S.L.; Coop. Agrícola del Sureste; Coop. Agrícola Cordobesa de Cultivadores de Algodón; FIA-UGT, Federación Provincial de Córdoba; Agrícola Naroná S.L.; FITEQA-CCOO, Federación Andaluza; Coop. del Campo Guadiaro; Carthegosur Sdad. Coop. Lda.; Algodonera Blanca Paloma S.A.; ASAJA-Cádiz y Juan Laguna Ibáñez.

Ha sido devuelta la notificación de la Providencia citada efectuada a Cooperativa Levantina de Cultivadores de Algodón.

6. Con estos antecedentes, el Pleno del Tribunal deliberó y falló sobre la adopción de las medidas cautelares propuestas, delegando en el Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.

7. Son interesados:

- Cooperativa Levantina de Cultivadores de Algodón.
- Sociedad Agraria de Transformación número 1.381 "Campo de Cartagena".
- Surcotton S.A.
- Cooperativa Agrícola Cordobesa de Cultivadores de Algodón.
- Mediterráneo de Algodón S.A.
- Eurosemillas S.A.
- Algysol S.A.
- Cooperativa Andaluza Ecijana de Servicios Agropecuarios.
- Aldodonera de las Cabezas S.A.
- Agrícola de Barbate S.A.
- Algodonera Utrerana S.A.
- Algodonera de Palma S.A.
- Moratalla S.L.
- Algodonera Blanca Paloma S.A.
- Las Marismas de Lebrija Sociedad Cooperativa Andaluza.
- Las Palmeras Sociedad Cooperativa Andaluza.
- Sociedad Cooperativa Andaluza Agrícola-Ganadera de Pinzón.
- Trajano Sociedad Cooperativa Andaluza.
- Carthagosur Sdad. Coop. Lda.
- Cooperativa Agrícola del Sureste
- Nueva Desmotadora Sevillana S.A.
- Agrícola Narone S.L.
- Juan Laguna Ibáñez.
- Cooperativa del Campo Guadiaro.
- ASAJA Cádiz.
- ASAJA Sevilla.
- D. Francisco Berral Rosal. FIA-UGT Federación Provincial de Córdoba.
- D. Francisco Galán Madruga. FITEQA-CCOO Federación de Andalucía.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Antes de entrar a examinar la procedencia o no de la medida cautelar propuesta por el Servicio hay que resolver la cuestión alegada por el letrado Sr. Mariño referente a la supuesta animadversión o enemistad manifiesta que dicen venir observando por parte de dos miembros del Tribunal hacia las personas o entidades que defienden la validez del Acuerdo Profesional sobre Ajuste de Capacidad suscrito el 20 de septiembre de 1990. Literalmente señala que *"... estas circunstancias deberían llevar a ambos miembros del Tribunal a abstenerse de intervenir en todos los expedientes relacionados con este asunto, y ello desde este momento,*

evitando nos veamos obligados a considerar la posibilidad de plantear su recusación".

La Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en su artículo 28 señala los motivos por los que las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones se abstendrán de intervenir en el procedimiento y en su artículo 29 indica que, en esos casos, los interesados podrán promover recusación en cualquier momento de la tramitación del procedimiento planteándola por escrito en el que se expresará la causa o causas en que se funda.

Por tanto, nuestro ordenamiento jurídico plantea que en determinados casos, que se encuentran tasados, el personal al servicio de las Administraciones tiene el deber de abstenerse y, en esos mismos casos, los interesados tienen el derecho de promover recusación, pero no el de pedir la abstención.

En este sentido, si alguno de los interesados considera que existen motivos para recusar a alguno o algunos miembros de este Tribunal está en su derecho de hacerlo, pero lo que en ningún caso puede aceptarse es "aconsejar" la abstención, bajo la amenaza de plantear una recusación. Ello es inaceptable de todo punto.

2. Entrando en el fondo del asunto, para pronunciarse sobre la admisibilidad de las medidas cautelares propuestas por el Servicio es necesario estudiar si se cumplen los requisitos que son necesarios para la concesión de dichas medidas y que en multitud de ocasiones han sido establecidos por este Tribunal.

Dichos requisitos son tanto subjetivos y formales como objetivos. Su exigencia se deriva del art. 45 de la LDC concretándose en: a) que se haya incoado por el Servicio el correspondiente expediente sancionador (principio de accesoriidad respecto del expediente principal); b) que exista una solicitud del Servicio, bien de oficio, bien a instancia de los interesados; c) que se dé audiencia a los interesados (principio contradictorio); d) que se adopten en un plazo muy breve y con simplificación de trámites (procedimiento sumario y de urgencia); e) que se aprecie *prima facie* en el expediente que las conductas objeto del mismo son, en principio, anticompetitivas y están causando perjuicios al mercado y a los interesados que, si no se atajan de inmediato, pueden restar eficacia a la Resolución que en su día se dicte (principio de apariencia de buen derecho y peligro por la demora); f) que las medidas que se adopten no ocasionen perjuicios irreparables a los interesados ni impliquen la

violación de derechos fundamentales y, además, que exista la posibilidad de exigir fianza a quien haya solicitado la medida cautelar (principio de equilibrio) y g) que el plazo para el que se concedan las medidas cautelares no exceda de seis meses.

3. En el presente caso, de la simple lectura de los Antecedentes de Hecho se deduce que se cumplen los requisitos formales exigibles. En efecto, se ha incoado el expediente sancionador, la medida cautelar ha sido propuesta por el Servicio y los interesados han tenido la oportunidad de formular alegaciones sobre la citada propuesta, habiéndose realizado un procedimiento sumario y de urgencia, aunque se ha producido una dilación excesiva ante las dificultades encontradas para notificar a algunos de los interesados.
4. En relación con el resto de los requisitos para la adopción de medidas cautelares es preciso analizar si, en este caso, concurren las apariencias de buen derecho (*fumus boni iuris*) y la necesidad de asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte.

La apariencia de buen derecho ha de concebirse como la convicción indiciaria que debe tenerse al adoptar la decisión de que al solicitante de una medida provisional le asiste un derecho. Dicha convicción ha de ser lo suficientemente sólida como para adoptar una decisión que, aunque no sea definitiva, tiene trascendencia y es adoptada sin necesidad de mayores comprobaciones. En el presente expediente el "Acuerdo Profesional" denunciado se plasmó en la asignación de una cuota o cupo de kilogramos de algodón a comprar por cada empresa y en el establecimiento de unas bonificaciones si el algodón desmotado era inferior a la cuota y unas penalizaciones si lo desmotado excedía de la cuota (Bases Primera y Tercera).

Dicho Acuerdo fue firmado por la empresa solicitante de las medidas cautelares, la cual consintió su ejecución y aplicación durante un largo período de tiempo, beneficiándose de la existencia del mismo. Incluso parece ser que sobrepasó el compromiso de compras asumido, incurriendo en penalizaciones. En este sentido, aunque presumiblemente, y como ya tuvo ocasión de establecer el Tribunal en su Resolución de 10 de octubre de 1995, el acuerdo de referencia puede ser considerado anticompetitivo, no cabe aprovechar esta presunción para que una empresa se beneficie anticipadamente de su incumplimiento. Por tanto, en este caso, no puede hablarse *prima facie* de la existencia de buen derecho que justifique la adopción de la medida cautelar.

Por lo que se refiere a la necesidad de asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte, es evidente que la medida cautelar solicitada no tiene relación con asegurar la eficacia del fallo que finalmente recaiga sobre el expediente sancionador. En este sentido, si finalmente se resolviera que el "Acuerdo Profesional" mencionado no infringe la LDC y es válido no tiene sentido la adopción de la misma, y si, por contra, se resolviese que dicho "Acuerdo Profesional" es sancionable al infringir el artículo 1 de la LDC, el posible contenido de la resolución final se referiría a declarar la existencia de acuerdo prohibido, la orden de cesación de la práctica, la imposición de multas y la publicación de la resolución. Por tanto, no parece que la demora en la resolución haga peligrar su operatividad y desde luego la medida cautelar solicitada no ayuda a que aquélla sea más eficaz. En cualquier caso, las empresas participantes en el "Acuerdo Profesional" deberán ventilar sus diferencias en la vía jurisdiccional civil.

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto se concluye que debe rechazarse la medida cautelar propuesta por el Servicio.

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

RESUELVE

Único.- Declarar que no procede la adopción de la medida cautelar propuesta de oficio por el Servicio de Defensa de la Competencia en el expediente sancionador 370/96 (1236/95 del Servicio).

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