



MEMORIA

1997

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	5
II.	COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL AL 31.12.1997.....	8
III.	ACTIVIDADES Y MEDIOS PERSONALES, MATERIALES Y PRESUPUESTARIOS.....	11
	1. Actividades.....	11
	1.1. Función decisoria.....	11
	1.2. Función consultiva.....	12
	1.3. Relaciones exteriores.....	13
	2. Medios personales.....	13
	3. Medios materiales y presupuestarios.....	13
	CUADRO 1 EXPEDIENTES TERMINADOS EN 1997.....	15
	CUADRO 2 RECURSOS HUMANOS Y PRESUPUESTARIOS DEL TDC.....	16
	G R Á F I C O S.....	17
IV.	DOCTRINA.....	26
	1. Panorama general.....	26
	2. Expedientes sancionadores de practicas prohibidas.....	27
	2.1. Acuerdos horizontales.....	28
	2.2. Acuerdos verticales.....	45
	2.3. Abuso de posición dominante.....	49
	3. Medidas cautelares.....	56
	3.1. Requisitos para la adopción de medidas cautelares. Cuestión civil.....	56
	3.2. Mercados relevantes. Mercados conexos.....	58
	3.3. Procedimiento. Medidas que no están relacionadas con las infracciones del Pliego de concreción de hechos.....	60
	3.4. Requisitos de accesoriadad y apariencia de buen derecho.....	60
	3.5. Procedimiento. Artículo 38 CE. Mercado relevante. Prestación de fianza. Fumus delicti commissi.....	62
	3.6. Competencia del TDC. Procedimiento. Medidas que exceden del contenido del expediente principal.....	63
	3.7. Ausencia del requisito de periculum in mora.....	64

4.	Expedientes de autorización singular.....	64
4.1.	Registros de morosos.....	65
4.2.	Campañas publicitarias.	72
4.3.	Convenios de producción conjunta.....	74
4.4.	Servicios de información de riesgo y solvencia.	75
4.5.	Creación y funcionamiento de un sistema de liquidación de pagos.....	77
5.	Recursos ante el Tribunal contra las decisiones del Servicio	81
5.1.	Recursos contra acuerdos de archivo de actuaciones:	81
5.2.	Recursos contra acuerdos de sobreseimiento de expedientes:	94
5.3.	Recursos contra acuerdos varios:	102
5.4.	Recursos contra la inadmisión de denuncias:.....	105
6.	Cuestiones de procedimiento.....	107
6.1.	Expedientes sancionadores.	108
6.2.	Expedientes de medidas cautelares.	116
6.3.	Expedientes de autorización.	119
6.4.	Expedientes de recurso.	120
V.	CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	133
1.	Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional.	133
2.	Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo.....	138
VI.	CONCENTRACIONES ECONÓMICAS.....	141
1.	Expedientes recibidos y resueltos en el año 1997.....	141
2.	Operaciones pendientes de informe al termino del año 1997.	146
VII.	INFORMES SOBRE LA APERTURA DE GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES.....	147
VIII.	ACTIVIDAD CONSULTIVA Y DE PROPUESTA.....	150
1.	Informes solicitados por el poder judicial.....	150
2.	Otros informes.....	150
2.1.	Artículos 2 y 26 LDC.....	150
2.2.	Comisión de Subsecretarios y Consejo de Ministros.	151
2.3.	Varios.	153

IX. RELACIONES INSTITUCIONALES.....	155
1. Relaciones internacionales.....	155
2. Otras actividades.....	156

I. INTRODUCCIÓN.

La teoría económica y la evidencia empírica revelan que los mercados competitivos conducen a la eficiencia y contribuyen a maximizar el bienestar de los consumidores. Controlados la inflación y el déficit público, reducidos los tipos de interés a mínimos históricos, y abordadas las reformas estructurales, éstas deben proseguir un plan articulado de desregulación y liberalización de los sectores, mercados y actividades que todavía actúan protegidos por un cinturón jurídico que limita la competencia entre los operadores económicos.

Por otra parte, el proceso de integración europea ha alterado las referencias tradicionales de la política económica. La estrategia más favorecida por los cambios correspondientes ha sido la introducción y defensa de la competencia. La pérdida de importancia de las políticas de demanda en el contexto de convergencia nominal, la pérdida de instrumentos de política monetaria tras la consecución de la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria, los riesgos derivados de la rigidez de determinados mercados de factores y productos, y la existencia de restricciones a la competencia en mercados de bienes y servicios con el correspondiente riesgo de mantener o incrementar el diferencial de inflación en relación con los países de la Unión Europea, justifican el desarrollo y aplicación de medidas de desregulación y liberalización que, por una parte, contribuyen a acelerar el proceso de convergencia real y, por otra, consolidan los niveles activos de convergencia nominal.

Uno de los instrumentos de promoción y defensa de la competencia es la Ley de Defensa de la Competencia (LDC). La Ley establece su aplicación por el Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal, TDC). En el año 1997 el Tribunal, en el ejercicio de sus funciones, ha dictado, tal como se recoge con más detalle en el apartado III de esta Memoria: 16 Resoluciones en expedientes sancionadores, los más complejos; 11 Resoluciones sobre medidas cautelares; 57 Resoluciones en expedientes de autorización singular de prácticas prohibidas; 77 Resoluciones sobre recursos interpuestos contra actos del Servicio de Defensa de la Competencia (Servicio, SDC); tres dictámenes en operaciones de concentración económica que le fueron remitidas por el Ministro de Economía y Hacienda; ocho Informes de los contemplados en los artículos 2 y 26 LDC; y sesenta y tres Informes referidos a solicitudes de apertura de grandes superficies.

El trabajo realizado ha sido considerablemente superior al correspondiente al año anterior, prosiguiendo una tendencia que impone dificultades al trabajo cotidiano del Tribunal. El propio trabajo continúa poniendo de manifiesto que la aplicación por los organismos de defensa de la competencia de la LDC presenta puntos fuertes, pero también puntos débiles. Por esta razón, es necesario reiterar la oportunidad de reforzar dichos organismos y de perfeccionar la propia LDC.

A este respecto, las modificaciones legislativas producidas en el año 1996 se han completado en el año 1997 con la introducción en la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (Ley 66/1997, de 30 de diciembre) de las siguientes medidas: declarar supletoria (Disposición Adicional Séptima) en los procedimientos en materia de defensa de la competencia, respecto de su normativa específica, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPPAC); fijar plazos máximos de duración de las fases del procedimiento, 18 meses en el Servicio, desde la incoación del expediente, y 12 meses en el Tribunal, desde su admisión a trámite, plazos que pueden interrumpirse en los supuestos que se señalan y cuyo transcurso puede dar lugar a la caducidad del expediente (artículo 100 que añade un artículo, el 56, a la LDC); aplicar este nuevo precepto a los procedimientos iniciados por el Servicio a partir de 1.1.1998 y a los expedientes que el Tribunal admita a trámite a partir de esa fecha (Disposición Transitoria 12).

Es evidente que las Autoridades de Defensa de la Competencia están realizando un notable esfuerzo para cumplir con su cometido. El resultado global de su trabajo lo pone de manifiesto. Sin embargo, nuevamente debe reiterarse que la dotación de recursos económicos, personales y materiales con que cuenta el Tribunal continúan siendo escasa, en relación con las tareas que debe acometer y la forma en que el trabajo debe llevarse a cabo. Dado el aumento continuado de su carga de trabajo, dicha escasez se acentúa con el paso del tiempo y se traduce en el preludio de las limitaciones en cuanto a su capacidad de actuación.

Debe mencionarse un hecho que ha incidido en la actividad del Tribunal a lo largo del año 1997, en mayor medida aún que en 1996, limitando de forma significativa su dedicación a la realización de informes dirigidos a contribuir a la modificación de normas restrictivas de la competencia. Se trata de los expedientes relacionados con la apertura de grandes superficies cuyo informe por el Tribunal, es preceptivo de acuerdo con lo previsto en la Ley 7/1996, de 16 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

A continuación, siguiendo el esquema tradicional en las Memorias del Tribunal, tras exponer sus dotaciones en recursos humanos y financieros, se hace referencia a la doctrina del mismo, al resultado del control jurisdiccional de sus Resoluciones, a sus informes sobre operaciones de concentración de empresas, a su actividad consultiva y, por último, a las relaciones institucionales del Tribunal.

II. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL AL 31.12.1997.

PRESIDENTE

D. Amadeo Petitbò Juan

(Nombramiento: 15.9.1995).

(Nombramiento como Vocal: 23.12.1992).

VICEPRESIDENTE

D. Juan Manuel Fernández López

(Nombramiento: 8.7.1997).

(Nombramiento como Vocal: 28.12.1995).

VOCALES

D. Felipe Bermejo Zofío

(Nombramiento: 11.12.1985; Renovación del nombramiento: 23.12.1992).

D. Ricardo Alonso Soto

(Nombramiento: 7.3.1986; Renovación del nombramiento: 23.12.1992).

D. Luis Berenguer Fuster

(Nombramiento: 28.12.1995).

D. José Hernández Delgado

(Nombramiento: 28.12.1995; Renovación del nombramiento: 1.3.1996).

D. Jesús Rubí Navarrete

(Nombramiento: 28.12.1995; Renovación del nombramiento: 1.3.1996).

D. Antonio Castañeda Boniche

(Nombramiento: 20.9.1996).

D. Julio Pascual y Vicente

(Nombramiento: 20.9.1996).

SECRETARIO

D. Antonio Fernández Fábrega

(Nombramiento: 3.6.1988).

PERSONAL DE APOYO

SUBDIRECTORA GENERAL DE ESTUDIOS

D^a . Isabel Sánchez García.

(Nombramiento: 29.11.1996)

SUBDIRECTOR GENERAL DE INFORMES SOBRE CONCENTRACIONES, ADQUISICIONES Y AYUDAS PÚBLICAS.

D. Vicente Montes Gan.

(Nombramiento: 26.12.1995)

ASESORES DEL PRESIDENTE

D^a . Pilar Sánchez Núñez.

(Nombramiento Asesora del Presidente: 25.9.1996)

D^a . Eva Povedano Moreno.

(Incorporación al Tribunal: mayo 1996)

JEFE DE DESPACHO DEL PRESIDENTE

D^a . M^a . Jesús Fernández García

(Nombramiento Jefa de Despacho: 20.12.1996)

III. ACTIVIDADES Y MEDIOS PERSONALES, MATERIALES Y PRESUPUESTARIOS.

1. Actividades.

Este apartado de la Memoria se refiere a la cuantificación de las actividades del Tribunal, haciéndose en otros epígrafes el análisis de la doctrina que contienen sus Resoluciones e Informes.

Se distingue entre las actividades derivadas de la función decisoria del Tribunal y las referentes a su función consultiva, añadiendo una mención a las relaciones exteriores.

1.1. Función decisoria.

El número de Resoluciones dictadas en el año 1997 ha sido de 161 frente a 102 en el año 1996, lo que supone un incremento del 58 por ciento.

Desagregando esas 161 Resoluciones decisorias con referencia a la naturaleza de los expedientes en los que recayeron aquéllas (ver cuadro 1 y gráficos 1 a 3) pueden ponderarse como sigue respecto de 1996: en primer lugar, el número de Resoluciones de los expedientes más complejos, los sancionadores, ha pasado de 14 a 16; en segundo lugar, las Resoluciones sobre medidas cautelares han sido 11, mientras que sólo se dictaron 5 en 1996; en tercer lugar, las Resoluciones de expedientes de recurso contra actos del SDC -de gran importancia para dirimir las discrepancias entre los denunciados y el Servicio, cuando éste archiva o sobresee las actuaciones iniciadas o los expedientes abiertos, respectivamente, como consecuencia de las denuncias recibidas o de actuaciones de oficio- se ha incrementado, pasando de 43 a 77; y, en cuarto lugar, las Resoluciones de expedientes de autorización singular, cuya iniciación depende sólo de los interesados, han pasado de 40 a 57, superando incluso las 46 que se tramitaron en 1995.

Dentro de la actividad decisoria del Tribunal, debe subrayarse que, de las dieciséis Resoluciones de expedientes sancionadores dictadas en 1997, diez declararon la existencia de prácticas prohibidas con imposición de multas por importe de 1.774.547.080 pesetas, superando las impuestas en 1991 (994,4 millones) que fue el año en que más sanciones económicas se aplicaron; en una Resolución se declaró práctica prohibida pero sin imposición de multa; y en otras tres se estimó que no existía práctica prohibida. En dos Resoluciones de expedientes sancionadores se sobreseyó el expediente por tratarse de conductas de escasa importancia, aplicándose por primera vez la modificación del artículo 1.3 de la LDC introducida por el RDL 7/1996, de 7 de junio (artículo 15.1) sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.

La evolución de los expedientes terminados y de las multas impuestas se recoge en los gráficos 5 a 7. Destaca el hecho de que un año más aumenta el número de expedientes que entran en el Tribunal (en 1996 entraron 133 expedientes y en 1997 se recibieron 135) y, lógicamente, la limitación de los recursos y la mayor complejidad de los expedientes hace que, aunque el número de Resoluciones dictadas aumente, también lo haga el número de expedientes que se acumulan (87 a fines de 1997 frente a 64 a fines de 1996).

1.2. Función consultiva.

En el ejercicio de su función consultiva el Tribunal ha emitido noventa y cuatro informes, frente a cincuenta en el año 1996. Este significativo incremento se debe a que la LOCM, establece que toda solicitud de instalación de una gran superficie debe contar con el informe preceptivo, aunque no vinculante, del Tribunal. Los informes emitidos sobre solicitudes de apertura de grandes superficies han sido sesenta y tres frente a cuarenta y uno en 1996.

En lo que respecta a la elaboración de dictámenes sobre operaciones de concentración económica (ver gráfico 4), el informe y el dictamen del Tribunal recabados por el Ministro de Economía y Hacienda, se ha producido en 3 expedientes de notificación voluntaria, frente a 4 dictámenes evacuados en el año 1996.

1.3. Relaciones exteriores.

Por último, ha continuado la actividad del Tribunal consistente en el mantenimiento de relaciones institucionales y de colaboración con entidades e instituciones tanto públicas como privadas, nacionales y extranjeras, que son objeto de análisis en otro epígrafe.

2. Medios personales.

Si se considera que el número de funcionarios de los Grupos B, C y D que forman parte del Tribunal se mantuvo sin cambios durante 1997, se puede comprobar, observando el gráfico 8, que los recursos humanos del Tribunal, no aumentaron con respecto a 1996, a diferencia de lo que había ocurrido el año anterior. Todas las Vocalías y los puestos de apoyo del Presidente (Jefe de Despacho, Subdirectores Generales y Asesores) han estado ocupados todo el año.

3. Medios materiales y presupuestarios.

Como se ha venido resaltando en anteriores Memorias del Tribunal, su sede, la misma desde el año 1965, resulta manifiestamente insuficiente. Se dispone de 792 m² de suerte que, quitando los servicios comunes (particularmente la Sala de Audiencias, la Biblioteca y el Archivo), la superficie útil para despachos es de 384 m² que comparten 34 funcionarios, incluidos el Presidente, los Vocales y el Secretario, más el personal laboral.

Los medios presupuestarios del Tribunal presentan la evolución que recogen el cuadro 2 y el gráfico 9. De su análisis destaca lo siguiente: en primer lugar, por lo que se refiere a los créditos de personal (Capítulo I) si bien valorados en pesetas corrientes han aumentado año tras año desde 1989, valorados en pesetas constantes de 1997 han seguido una evolución decreciente entre 1992 y 1995. Esta evolución se invirtió, sin embargo, en el año 1996, año en el que se sobrepasa el valor más alto de la serie temporal y que corresponde al año 1992. A ello ha contribuido el incremento en el número de Vocales y personal de apoyo del Presidente incorporados al Tribunal.

En segundo lugar, en cuanto a los gastos de funcionamiento (Capítulo II) su cuantía ha disminuido continuamente durante los últimos cuatro años, salvo en el año 1997 en el que fue igual a la de 1996, tanto en pesetas corrientes como en pesetas constantes de 1997, alcanzando en 1997 una cifra que, en términos reales, se acerca a la cifra más baja de la serie analizada.

Finalmente, por lo que se refiere a la cantidad destinada a inversiones (Capítulo VI), los créditos alcanzaron su máximo histórico, lo que permitió renovar el equipamiento informático y parte del mobiliario del Tribunal, si bien no se han podido abordar otras inversiones importantes para el funcionamiento del Tribunal, como serían la instalación de una red de área local y la mejora de la instalación telefónica e, incluso, la implantación de un sistema de seguridad exterior del edificio.

CUADRO 1

EXPEDIENTES TERMINADOS EN 1997


I. RESOLUCIONES		Nº
	1. PRÁCTICAS PROHIBIDAS	27
	A) Expedientes sancionadores	16
	B) Medidas cautelares	11
	2. AUTORIZACIONES SINGULARES	57
	A) Nuevas solicitudes	38
	B) Revocación a modificación de las ya concedidas	15
	C) Prórroga de las ya concedidas	4
	3. RECURSOS CONTRA ACTOS DEL SERVICIO	77
	A) Recursos contra el archivo de actuaciones	36
	B) Recursos contra el sobreseimiento de expediente	13
	C) Recursos contra acuerdos varios	23
	D) Contra Inadmisión de denuncias	5
	4. RECURSOS CONTRA RESOLUCIONES Y ACTOS DEL TRIBUNAL	0
	TOTAL	161
II. INFORMES		
	5. CONCENTRACIONES ECONÓMICAS	3
	6. GRANDES SUPERFICIES	63
	7. INFORMES ART.2 Y 26 (LEY 16/1989)	8
	TOTAL	74

CUADRO 2

RECURSOS HUMANOS Y PRESUPUESTARIOS DEL TDC

	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997
RECURSOS HUMANOS (en número de efectivos)									
Presidente y Vocales	7	7	8	8	8	8	6	9	9
Secretaría del Tribunal	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Otros efectivos									
1) Titulados superiores (Grupo A)	1	1	1	1	3	3	3	4	4
2) Gestión (Grupo B)	0	0	0	0	0	1	1	4	1
3) Administrativos, Auxiliares, (Grupos C y D)	15	16	16	16	17	17	17	17	17

RECURSOS PRESUPUESTARIOS (en millones de ptas)									
1) Personal (Cap. I)	111,9	112,4	126,4	146,0	147,0	153,3	155,5	176,7	186,3
	159,0	149,0	158,9	173,3	166,9	166,1	161,0	176,7	186,3
2) Funcionamiento (Cap II)	28,1	33,6	24,3	28,3	26,7	35,9	43,1	31,5	31,5
	39,9	44,7	30,6	41,2	30,3	39,1	37,1	31,5	31,5
3) Inversiones (Informática, Mobiliario, etc.) (Cap VI)	0	1,2	1,2	5,8	8,7	6,2	4,3	6,5	12
	0	1,6	1,5	12,5	12,9	7,0	4,5	6,5	12

 Cifras correspondientes a los créditos realmente dispuestos, después de los ajustes presupuestarios o acuerdos de no disponibilidad adoptados cada año por el Consejo de Ministros

 Pesetas constantes de 1997

GRÁFICOS

Gráfico1

EXPEDIENTES SANCIONADORES (Ley 16/1989). 1990-1997 (Número de Resoluciones)

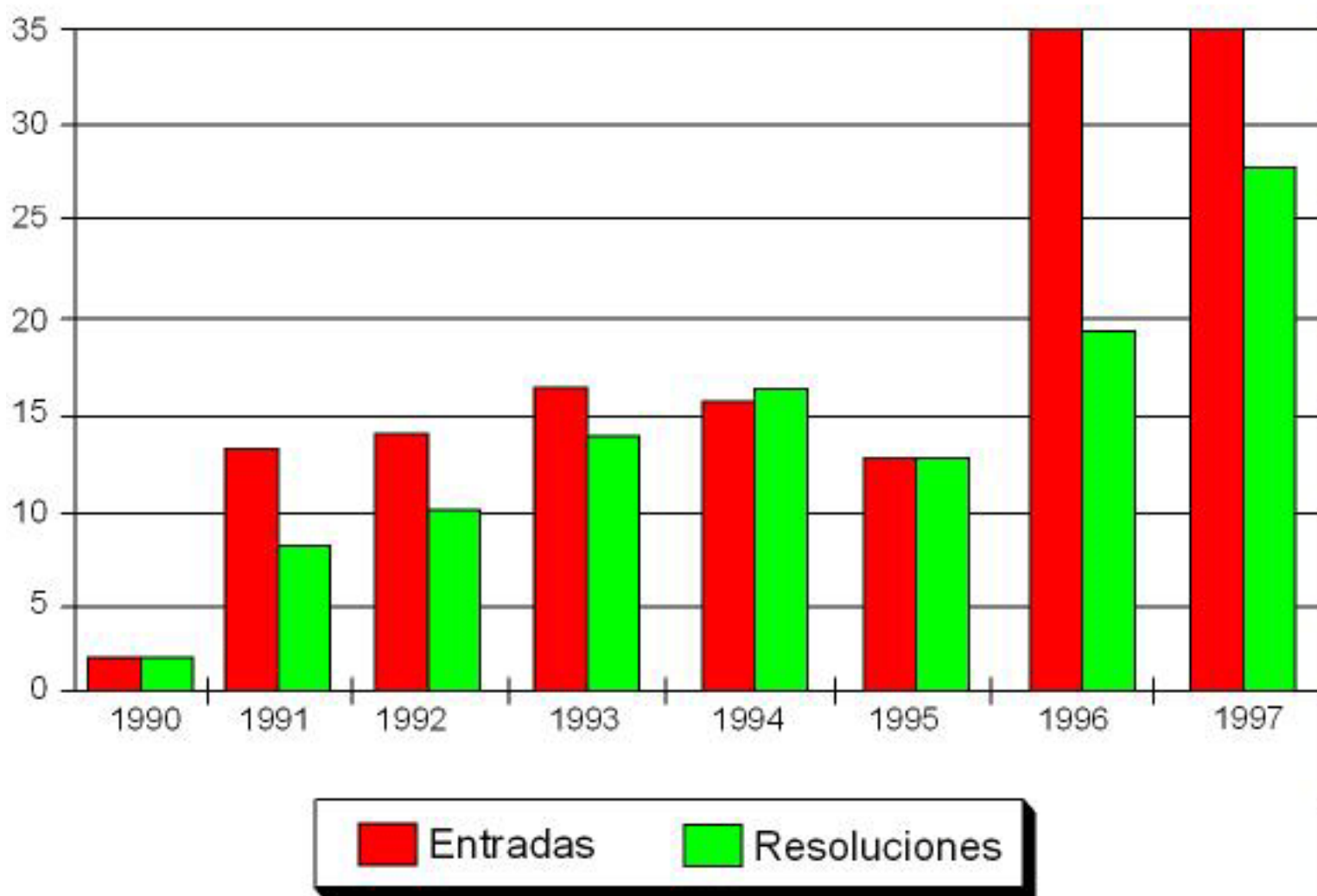


Gráfico 2

EXPEDIENTES DE AUTORIZACIÓN SINGULAR 1990-1997

(Número de Resoluciones)

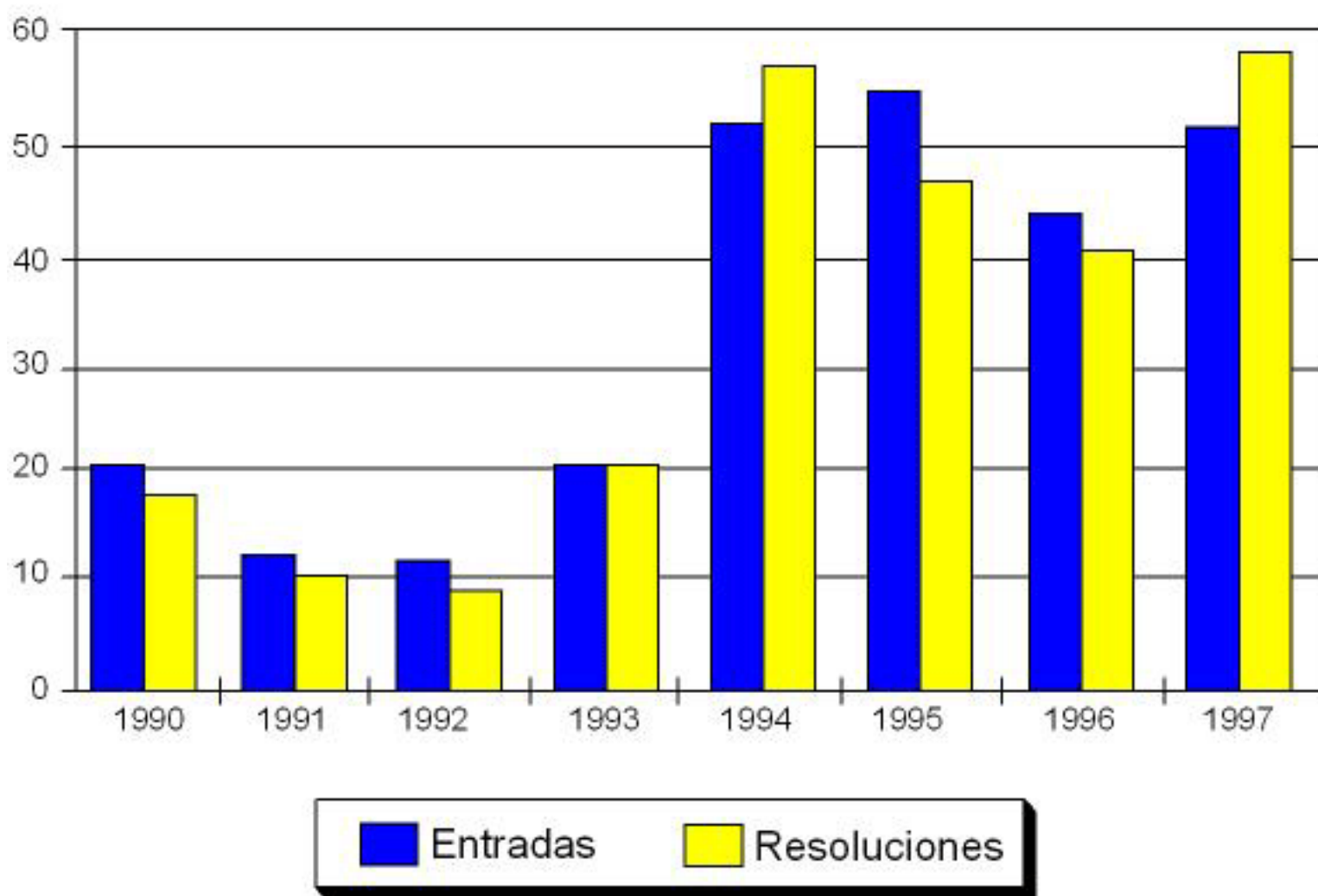


Gráfico 3

EXPEDIENTES DE RECURSO CONTRA ACTOS DEL SERVICIO. 1989-1997

(Número de Resoluciones)

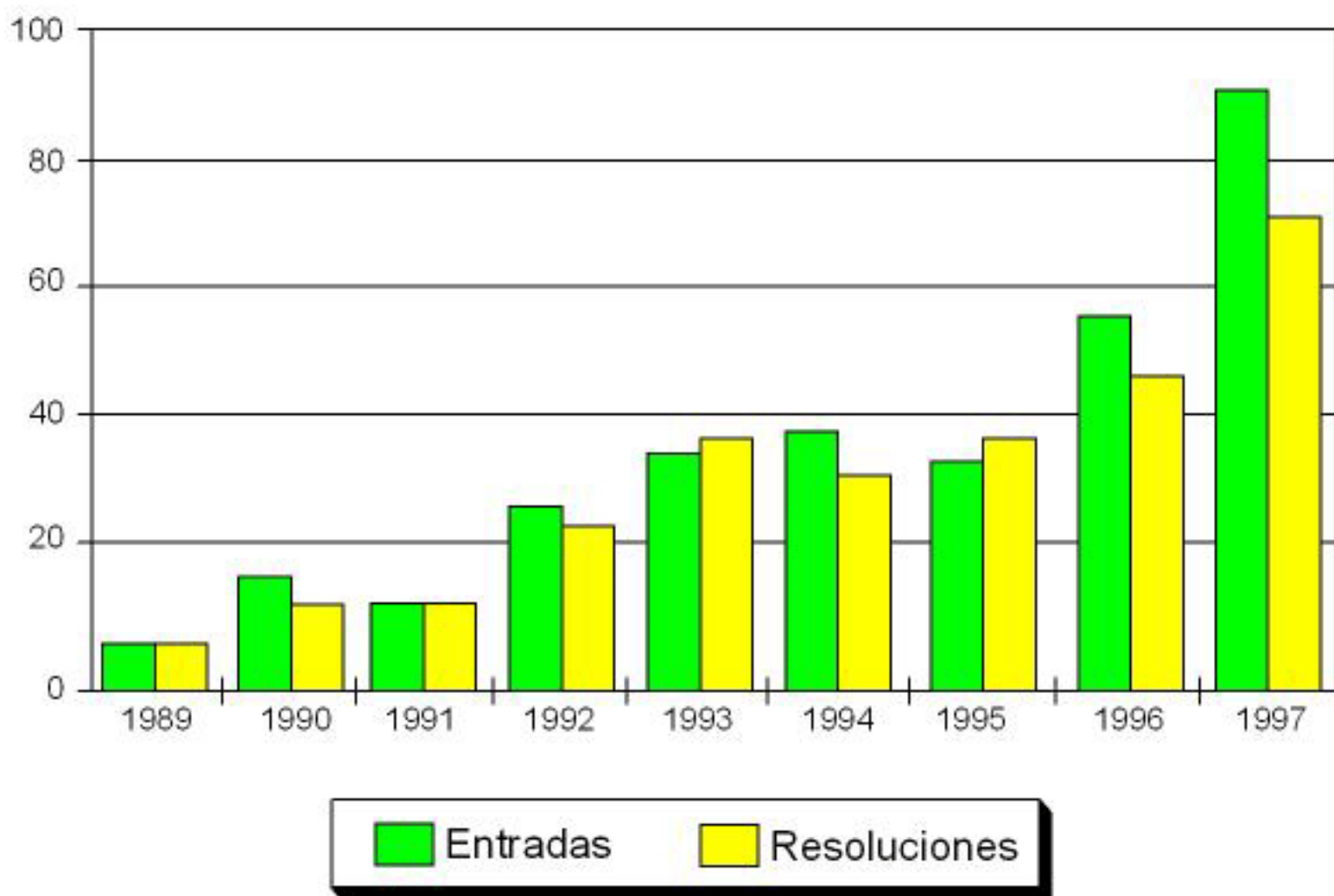


Gráfico 4

EXPEDIENTES DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS E INFORMES. 1990-1997

(Dictámenes emitidos)

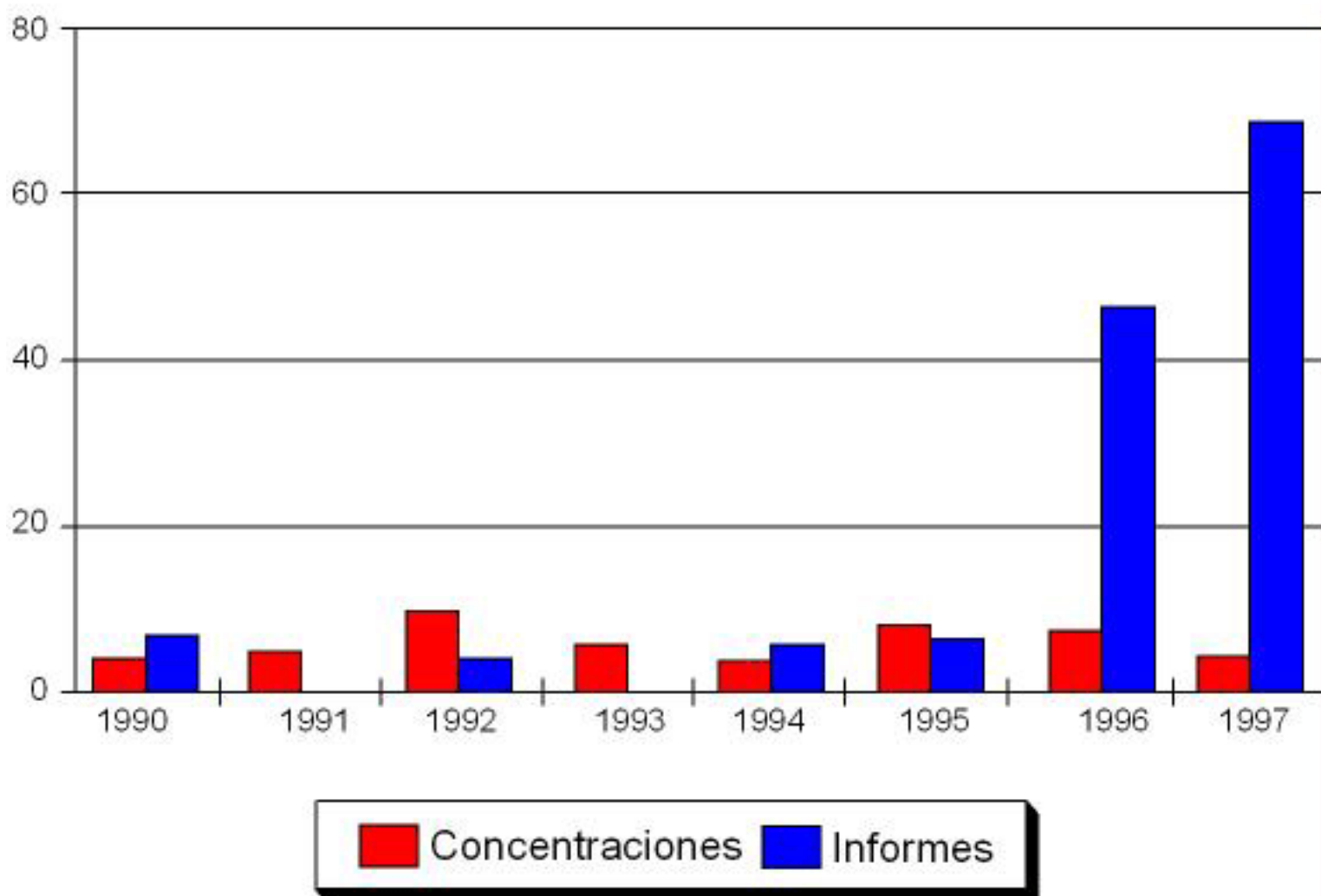


Gráfico 5

MULTAS IMPUESTAS. 1988-1997

(Millones de pesetas)

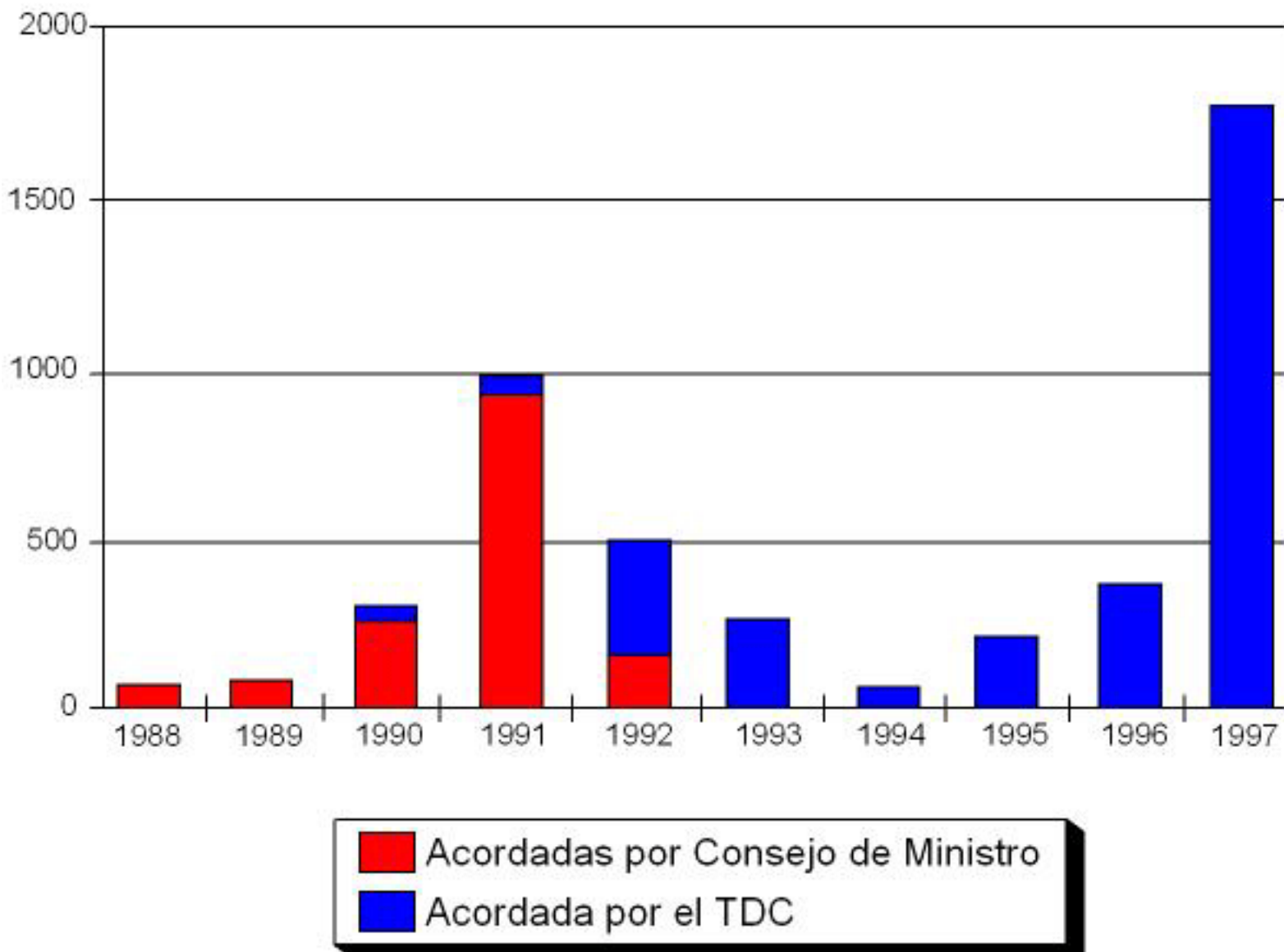


Gráfico 6

EXPEDIENTES TERMINADOS. 1989-1997 (Número de Resoluciones)

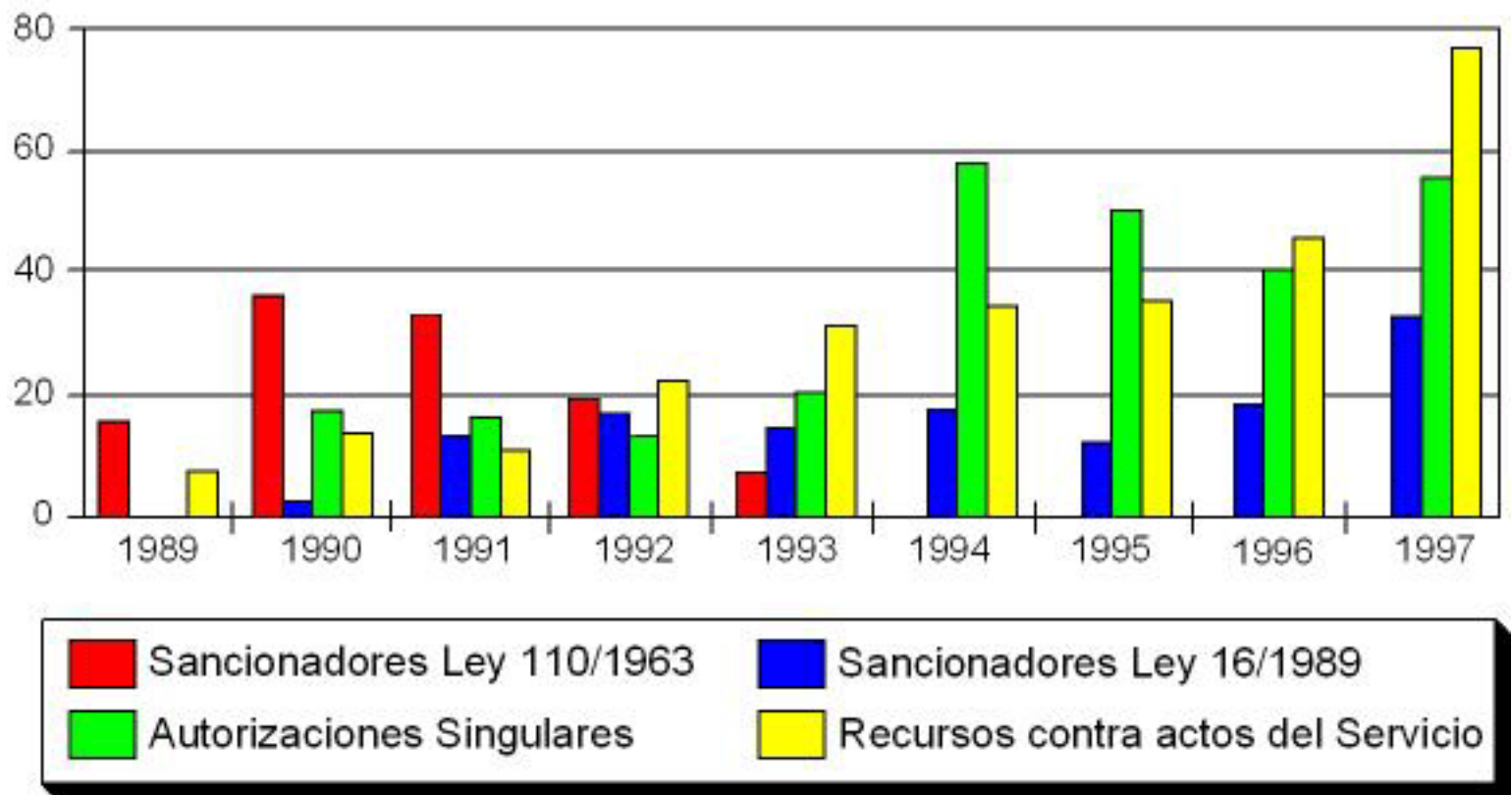


Gráfico 7
 EXPEDIENTES TERMINADOS. 1994-1997 (Porcentajes)

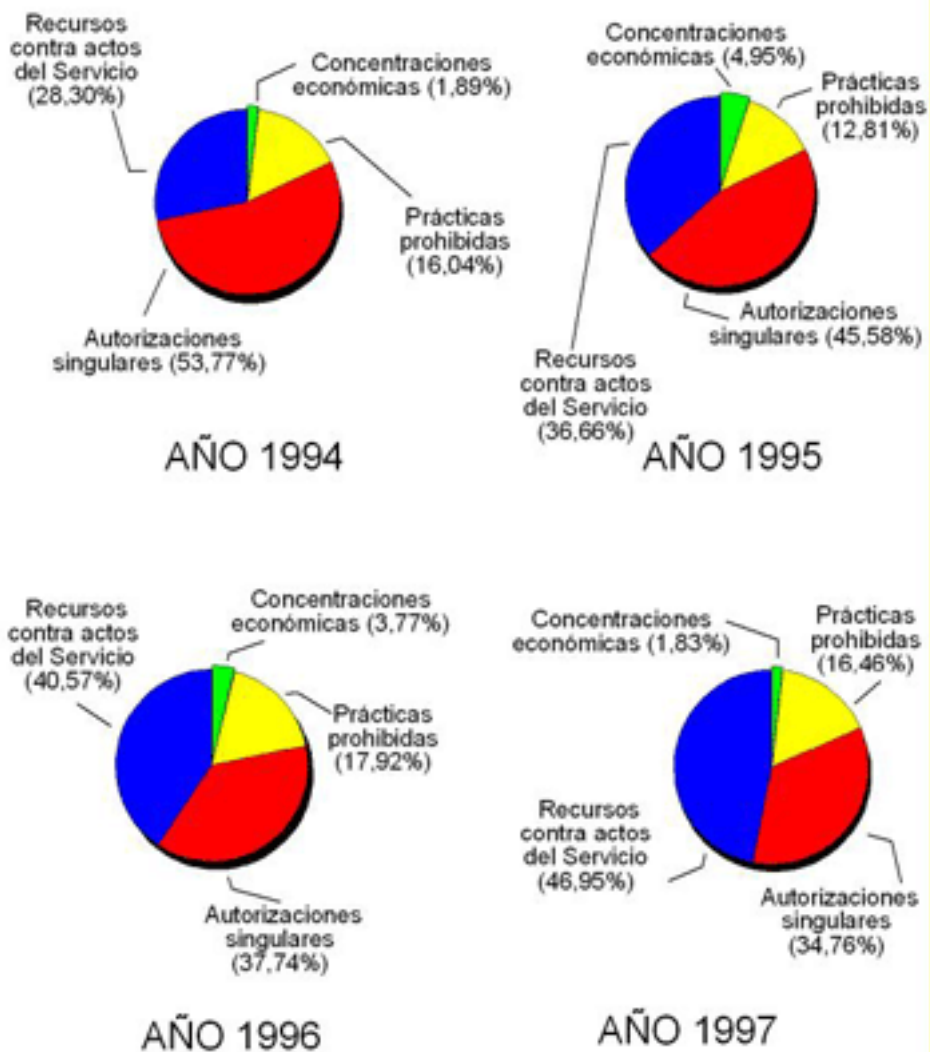


Gráfico8

RECURSOS HUMANOS (1989-1997) (Número personas)

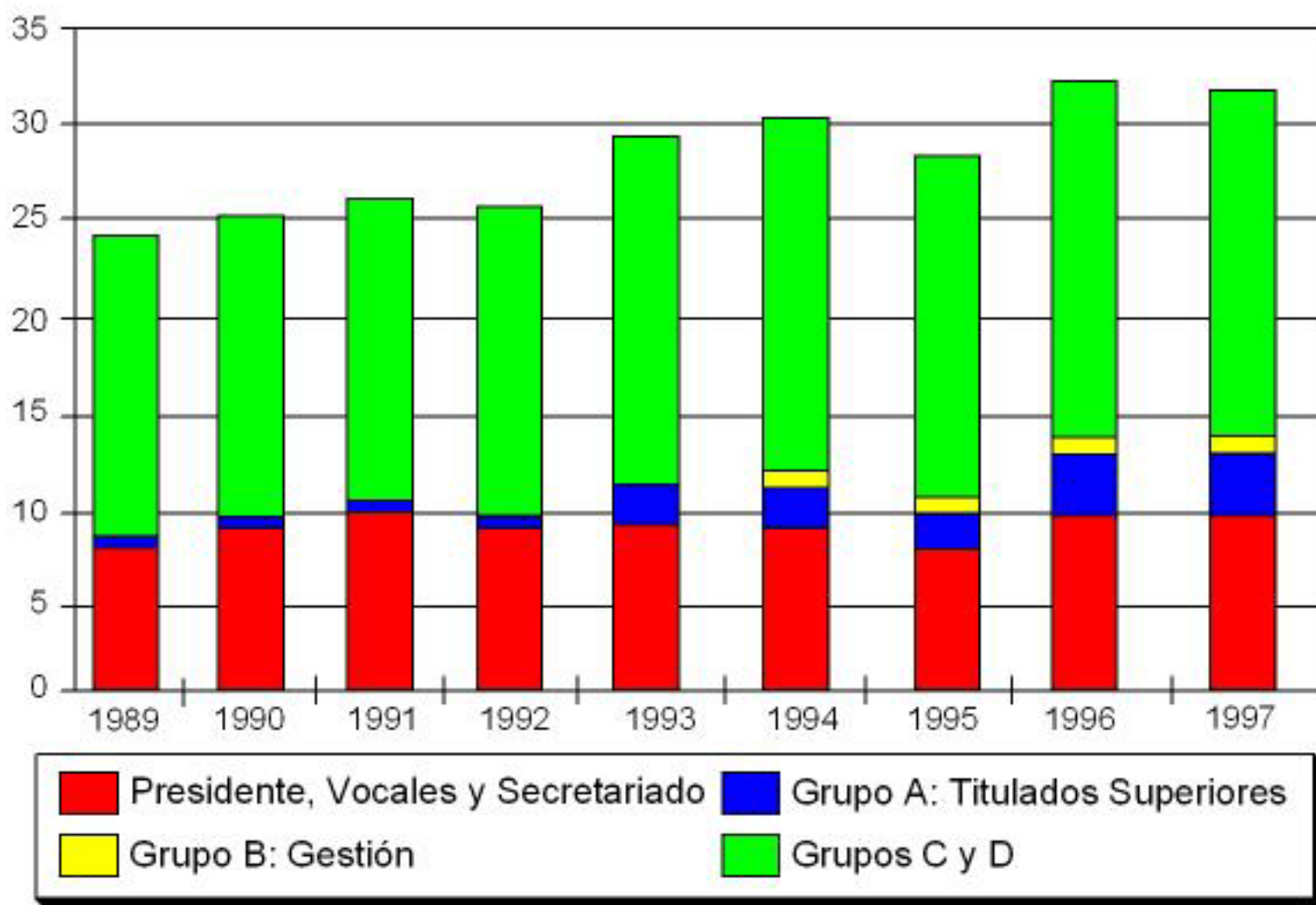
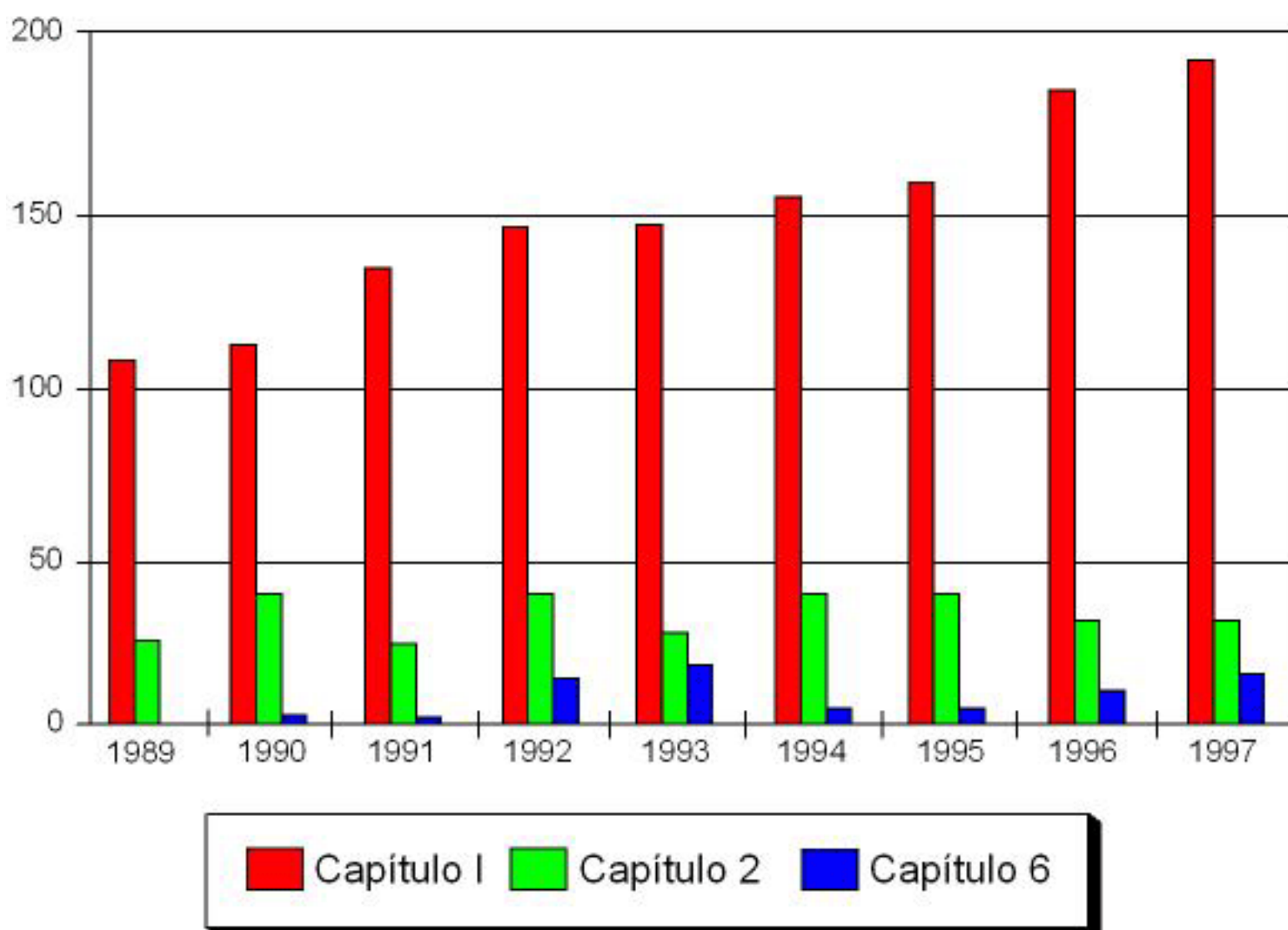


Gráfico 9

RECURSOS PRESUPUESTARIOS. 1989-1997

Créditos para gastos de personal y de funcionamiento y para inversiones
(millones de pesetas)



IV. DOCTRINA.

1. Panorama general.

Al igual que en las Memorias correspondientes a los años anteriores se destacan a continuación, sistematizadas y resumidas, las cuestiones más relevantes de las Resoluciones del TDC, atendiendo a los nuevos aspectos doctrinales que formulan o a la consolidación de los ya establecidos.

Los principales temas abordados por el Tribunal se agrupan distinguiendo entre los expedientes sancionadores por prácticas prohibidas, las medidas cautelares, los expedientes de autorización singular, los recursos y las cuestiones procedimentales.

En relación con los expedientes sancionadores por prácticas prohibidas, se analizan según se trate de acuerdos horizontales o verticales, y conductas de abuso de posición de dominio.

En referencia a los expedientes de medidas cautelares, el rasgo más destacable es la continuación de la tendencia creciente en el número de Resoluciones dictadas por el Tribunal ya que, mientras que en 1995 sólo se dictó una y en 1996 se dictaron cinco, en el año 1997 se dictaron once, además de cinco Resoluciones de incidentes planteados en expedientes cautelares.

La resolución de expedientes de medidas cautelares permitió al Tribunal realizar un análisis exhaustivo de los requisitos y condiciones cuya concurrencia exige el artículo 45 LCD, haciendo referencia a los principios informadores de toda medida cautelar: la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora.

Por lo que se refiere a los expedientes de autorización, el Tribunal ha analizado 45 expedientes, de los cuales 36 se han referido a registros de morosos. Entre tales expedientes pueden destacarse los siguientes: HISPALYT, Morosos Eurofono, Morosos AFIDAC; 3 han hecho referencia a campañas publicitarias, de los cuales 2 iban asociados a la publicación de precios recomendados; 1 se refiere a un convenio de producción conjunta; 1 se refiere a un registro de información de riesgo y solvencia (Fichero Asnef-Sic); 1 hacía referencia a la creación y funcionamiento de

un sistema de liquidación de pagos (APEAV); y 1 expediente se refería a acuerdos de fidelización (COFAS).

En relación con los expedientes relativos a la resolución de los recursos planteados ante el Tribunal contra las decisiones del Servicio, se han resuelto 77 recursos, de los cuáles 36 se presentaron contra Acuerdos de archivo de denuncias; 13 contra Acuerdos de sobreseimiento; 23 contra Acuerdos varios; y 5 contra inadmisión de denuncias. De los 77 recursos, 51 se han desestimado, 9 fueron estimados totalmente, 7 se estimaron parcialmente, 3 fueron declarados extemporáneos, 1 fue desestimado por falta de motivación, y 5 fueron inadmitidos. Entre tales expedientes destacan los siguientes: Prensa de Tarragona, por la discusión acerca de la posición de dominio y el posible abuso; Comercial Potasas, por su referencia a las condiciones necesarias para calificar un acuerdo como colusorio; Ambulancias Gerona, por el concepto de empresa analizado; y Radio Fórmula y Freixenet/Castellblanch, por las referencias a la confidencialidad.

En cuanto a las cuestiones procedimentales se pueden destacar las siguientes: pruebas ilícitas y confidencialidad (Industrias lácteas); prueba de presunciones (Servicios Funerarios de Madrid); abstención, renuncia y recusación (Desmotadoras de algodón 2); plazo de vigencia de las medidas cautelares (Tabacalera/McLane 2); conflicto de jurisdicciones (Resopal); denegación de prueba e indefensión (COAM, Azúcar); denunciante e interesado (Notarios); suspensión pendiente de dictamen de la Comisión Europea (Relojes Joya 2); conflicto de aplicabilidad procedimental entre la LDC y la LRJAPPAC (Interflora 2); desistimiento y continuación del procedimiento (Leganés Motor/Volkswagen, Zontur).

2. Expedientes sancionadores de practicas prohibidas.

Durante el año 1997 se ha incrementado de manera significativa el número de Resoluciones dictadas por el Tribunal en materia de prácticas prohibidas. De los expedientes sancionadores resueltos, once terminaron declarando la existencia de infracciones de la normativa de la competencia e imponiendo multas a los operadores económicos autores de las mismas; cinco concluyeron estimando que no existían tales infracciones; y, finalmente, en dos casos, el Tribunal, pese a considerar que las empresas en cuestión habían realizado prácticas restrictivas de la competencia, sobreseyó los expedientes por tratarse de acuerdos de importancia menor.

Del análisis de las Resoluciones sancionadoras de este período se pueden destacar las siguientes notas: la complejidad de algunos expedientes que engloban varias prácticas restrictivas conexas, la relevancia de algunos de los sectores en los que se produjeron las prácticas (leche, algodón, servicios funerarios), la ausencia de expedientes por falseamiento de la competencia por actos desleales y la generalización en los expedientes que finalizan con una declaración de práctica prohibida y que afectan a un colectivo amplio de operadores económicos de la imposición de una obligación de difundir la Resolución del Tribunal entre los implicados.

Por otra parte, cabe resaltar también, de un lado, el tratamiento otorgado a los sistemas de distribución selectiva, y, de otro, la detección de un cártel como el de las empresas desmotadoras de algodón que parece extraído de los modelos que, a título de ejemplo, se contienen en los libros sobre derecho y economía de la competencia.

Finalmente, hay que señalar que en el caso de las industrias lácteas se impuso, en conjunto y en términos absolutos, la multa más elevada de la historia de la defensa de la competencia en España.

2.1. Acuerdos horizontales.

2.1.1. Acuerdos de importancia menor.

Resolución de 12.5.1997, Expte. 398/97, Boletín GANVAM.

El Servicio procedió a incoar de oficio un expediente sancionador a la Asociación Nacional de Vendedores y Reparaciones de Vehículos a Motor, Recambios, Accesorios y Afines (GANVAM) por presuntas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en la adopción de una recomendación colectiva para la fijación de precios de referencia para la adquisición de vehículos de motor usados en aquellos casos en los que, por no haber existido ventas, no se podía calcular un precio por medios estadísticos. Dicha práctica se articulaba a través de la edición por GANVAM de un Boletín Estadístico, de periodicidad trimestral y de uso profesional, en el que se recogen los precios medios de los automóviles, camiones, motocicletas y tractores nuevos y usados.

El Tribunal reiteró su doctrina establecida en la Resolución de 29.6.1995, de que la elaboración de estadísticas de precios es una conducta lícita que no precisa de autorización por no afectar a la libre competencia, pero que si se desvirtúan las reglas de dicha disciplina científica y se introducen estimaciones subjetivas, se entra en el terreno de los acuerdos o decisiones sobre precios que restringen la competencia en el mercado. Así pues, al confeccionar un boletín estadístico sobre precios basado en las ventas que se produjeron en un determinado período, hay que tener presente que si no hubo transacciones se deberá hacer constar esta circunstancia, bien dejando en blanco el precio o bien repitiendo el último precio conocido e indicándolo así claramente.

Ahora bien, el Tribunal en este caso, teniendo en cuenta que la práctica imputada a GANVAM era de importancia menor pues se circunscribía a la incorporación al Boletín de los precios de venta del trimestre anterior cuando no existían datos de ventas en el período de referencia, sin indicar esta circunstancia (requisito exigido por la Resolución anteriormente citada), resolvió sobreseer el expediente al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.3 de la LDC, y en aplicación del principio constitucional de la retroactividad de las normas sancionadoras favorables al inculpado.

Resolución de 24.9.1997, Expte. 400/97, HÜLS ESPAÑOLA.

En este expediente se acusaba a la empresa Hüls y a su matriz alemana "Chemische Fabrik Stockhausen, GmbH" de ponerse de acuerdo para fijar los precios a los que "MSA Española, SA" debería revender en España las cremas dermoprotectoras de uso industrial fabricadas por Ch. F. Stockhausen y para limitar la capacidad de MSA para seleccionar sus propios clientes, en un claro intento de repartirse el mercado de nuestro país.

En el curso del expediente resultó plenamente acreditado que las empresas Hüls, Ch. F. Stockhausen y MSA celebraron una reunión en la que se adoptaron los acuerdos de referencia. Asimismo resultó probado que, con la imposición a MSA del precio de venta al público, se pretendía disminuir los que aplicaba en el mercado los cuales, por otra parte, eran muy superiores a los practicados por Hüls, lo que producía un detrimento de la imagen de marca.

Aunque la denunciante acusaba también a Hüls de abuso de posición dominante resultaba difícil mantener dicha acusación cuando la cuota de mercado de los productos de referencia comercializados en España no superaba el 5% del mercado.

Finalmente, el Tribunal consideró que, dadas las circunstancias del mercado afectado y la intencionalidad de las empresas encausadas, resultaba de aplicación el artículo 1.3 LDC y, en consecuencia, declaró, de una parte, la existencia de una práctica restrictiva de la competencia de fijación vertical de precios y, de otra, el reparto de mercados, prohibidas por el artículo 1 de la citada Ley de las que eran autoras las tres empresas citadas, aunque decidió no perseguir dichas conductas al no ser las mismas capaces de afectar de manera significativa a la competencia por su escasa importancia.

Hay que señalar que en este caso el Tribunal aplicó también las normas comunitarias de competencia.

2.1.2. Coaseguro.

Resolución de 7.4.1997, Expte. 388/96, Seguros empresas transporte.

El Consejo General de Colegios Oficiales de Gestores Administrativos de España denunció el 25.5.1994 a tres compañías de seguros por haberse concertado para ofrecer conjuntamente a un único precio una póliza que garantizaba la prestación de la fianza exigida por la legislación vigente para el ejercicio de la actividad de transporte terrestre.

Durante la instrucción resultó probado que las compañías denunciadas habían suscrito un contrato de coaseguro para la prestación de las citadas fianzas. Asimismo resultó acreditado que legalmente la fianza podía prestarse de muy diversas formas (metálico, depósito de valores, aval bancario, etc.) y que dichas compañías no eran las únicas que ofrecían pólizas de afianzamiento en materia de transporte en el mercado español.

Hay que señalar también, como dato relevante, que la exigencia de constitución de fianzas quedó suspendida por O.M. de 6.2.1995.

A la vista de estos hechos el Tribunal concluye que los acuerdos de coaseguro son modalidades de seguro amparadas tanto por la Ley 50/1980 de contrato de seguro como por la Ley 21/1990, de adaptación al derecho español de la Directiva CEE 88/357 y, por tanto, prácticas autorizadas por el artículo 2.1 LDC.

Por otra, parte el Tribunal considera que no resulta aplicable a este caso el Derecho Comunitario porque el mercado afectado se circunscribe al español que es donde se concierta el coaseguro y se producen los efectos de la práctica.

2.1.3. Exclusión del mercado.

Resolución de 28.7.1997, Expte.384/96, Material eléctrico Murcia.

Al pretender diversas empresas instaladoras de material eléctrico de Murcia crear una central de compras (PROEMUR) para abastecerse directamente de los fabricantes, un importante grupo de almacenistas de la región formado por diecinueve empresas acordó oponerse a la constitución de la misma y, para ello, arbitró los siguientes mecanismos: en primer lugar dirigirse a los fabricantes para impedir que éstos suministren a la nueva empresa y, posteriormente, dificultar las compras de las empresas integradas en PROEMUR negándoles la venta de material o la aplicación de los precios de venta mayoristas.

La principal cuestión objeto de debate fue la existencia de pruebas suficientes de la conducta concertada entre los almacenistas. En relación con esta cuestión hay que señalar que en el expediente quedaban acreditados los siguientes hechos: el reconocimiento por parte de los denunciados de la existencia de reuniones para tratar el problema originado por la creación de PROEMUR; el envío por parte de los almacenistas a los fabricantes de una carta circular en la que les informaban de la situación y les amenazaban con la adopción de las medidas pertinentes si seguían suministrando a PROEMUR. Por otra parte, las tensiones generadas por la creación de PROEMUR se recogieron incluso en la Memoria Anual de la Federación de Empresarios del Metal de Murcia del año 1994. Así pues el Tribunal estimó que de los hechos

transcritos cabía inferir la adopción de un acuerdo por parte de los almacenistas de material eléctrico para boicotear los suministros e impedir de este modo la implantación en el mercado de un nuevo competidor

En base a lo anterior se sancionó a las diecinueve empresas encausadas con multas que oscilaban entre las 700.000 y las 4.450.000 ptas.

El Tribunal recordó además en esta Resolución su doctrina sobre que el boicot, como forma de coacción colectiva y como ataque a la libertad empresarial de un operador, es una práctica colusoria que no encuentra justificación ni tan siquiera en el caso de que lo que se pretenda conseguir sea justo (Resoluciones de 7.1.1993, 28.6.1995 y 4.7.1996).

Resolución de 15.12.1997, Expte. 396/97, Fútbol por ordenador.

En este caso la empresa Tower Communications, SRL denunció a la Liga de Fútbol Profesional, la Sociedad Española de Fútbol Profesional, S.A. (vinculada a la anterior) y a Dinamic Multimedia, S.A. por el acuerdo consistente en otorgar al juego interactivo por ordenador denominado PC FUTBOL el carácter de único juego oficial de la Liga, impidiendo la comercialización del juego de la denunciante llamado PC LIGA y excluyendo, por tanto, a dicho producto del mercado.

El Servicio, tras la pertinente instrucción, consideró que las conductas denunciadas eran constitutivas, por una parte, de un acuerdo anticompetitivo y, por otra, de un abuso de posición dominante de la Liga y de la Sociedad Española de Fútbol Profesional, S.A.

Con respecto a la infracción del artículo 1 LDC, el Tribunal consideró cuatro cuestiones: en primer lugar, que el acuerdo carecía de cláusula de exclusividad; en segundo lugar, que en el mercado existían juegos similares; en tercer lugar que incluso había un juego llamado FUTBOL PRO que se comercializaba como "producto oficial de la Liga"; y, por último, que la empresa denunciante había podido vender su producto libremente en el mercado con la salvedad de haberse visto obligada a eliminar de su publicidad el dato de tener licencia de la Liga. Tras el oportuno análisis llegó a la conclusión de que el mencionado acuerdo no tenía por objeto ni produjo el efecto de restringir la competencia ya que no había impedido la formalización

de acuerdos similares con otras empresas ni tampoco la comercialización de los productos de referencia en el mercado.

2.1.4. Fijación de precios.

Resolución de 14.3.1997, Expte 381/96, Funerarias de Cataluña.

Se enjuiciaban en este expediente sendos acuerdos adoptados en el seno del Gremi Regional d'Empreses de Pompes Fúnebres de Catalunya, consistentes, respectivamente, en la remodelación del catálogo de servicios y la elaboración de tarifas comunes para su aplicación por todas las empresas del sector, y en la fijación de nuevas tarifas uniformes con una revalorización automática que se calculaba en función del incremento del IPC. En este caso se daba, además, la circunstancia de que, al tratarse de un servicio público municipal, las tarifas debían ser aprobadas por la Administración para su puesta en práctica.

El Gremi presentó el nuevo catálogo y las tarifas a la Generalitat de Catalunya para su aprobación, respondiendo ésta que la competencia correspondía a los respectivos Ayuntamientos. Por su parte la Comisión de Precios de Cataluña analizó los incrementos de las nuevas tarifas y consideró que carecían de justificación económica.

A la vista de lo anterior el Tribunal falló que el Gremi había realizado dos conductas colusorias prohibidas por el artículo 1.1 a) LDC al adoptar en los años 1990 y 1992 diversas decisiones en materia de precios tendentes a su unificación. Dichas decisiones resultaban de obligado cumplimiento para todos sus asociados no sólo por prescripción estatutaria sino también porque se habían presentado a los Ayuntamientos para su aprobación y habían sido aprobadas por éstos. El Tribunal, sin embargo, no entró a valorar la intervención administrativa al considerar que la misma se produce cuando la colusión ya se ha producido y, por consiguiente, resulta irrelevante.

Finalmente, el Tribunal considerando que las tarifas uniformes dañan el comportamiento competitivo del mercado al eliminar el riesgo empresarial, reducir los incentivos a la introducción de mejoras en la prestación de los servicios, beneficiar a las empresas ineficientes, y provocar una pérdida de

bienestar del consumidor, sancionó al Gremi con una multa de 750.000 ptas. por el acuerdo adoptado el año 1990 y otra de 250.000 ptas. por el acuerdo del año siguiente.

Resolución de 3.6.1997, Expte. 352/94, Industrias lácteas.

La Unión de Pequeños Agricultores denunció a la Federación Nacional de Industrias Lácteas (FENIL) por acordar un precio base unitario para las compras de leche por los industriales a los ganaderos, impidiendo de este modo la competencia a nivel nacional. Tras una amplia instrucción, el Servicio acusó a FENIL de haber adoptado una recomendación colectiva para que las empresas asociadas aplicaran, por una parte, un determinado precio en las compras de leche a los ganaderos y, por otra, unas bonificaciones o descuentos uniformes en función de la calidad de la leche; y a cuarenta y nueve empresas lácteas de haber aplicado dicha recomendación o, en su caso, haberse concertado para aplicar precios base y primas similares en las citadas compras.

Con respecto a las acusaciones formuladas contra FENIL el Tribunal consideró que en el expediente no había pruebas suficientes para considerar acreditada la existencia de la primera de las prácticas. No sucedía lo mismo con la segunda de ellas, puesto que en el expediente consta que FENIL elaboró y difundió la Circular nº 8/92, en la que se determinaban de un modo claro y preciso los criterios y precios para el pago por calidad fisicoquímica y bacteriológica de la leche de vaca y la fecha de su entrada en vigor. En consecuencia, y en relación con esta última práctica, el Tribunal falló que se trataba de una recomendación colectiva que restringía la competencia en el mercado nacional y, por lo tanto, había de considerarse prohibida por el artículo 1.1 LDC e impuso a FENIL una multa de 15 millones de pesetas.

En el expediente había también indicios de que los ganaderos se concertaron en el seno de UPA/UGT para negociar conjuntamente un precio mínimo de venta del litro de leche a la industria láctea y consideró como muy posible que lo mismo sucediera con el resto de las organizaciones profesionales agrarias. Al tratarse de una conducta que no era objeto del presente expediente por no haber sido perseguida por el Servicio, no cabía un pronunciamiento formal en torno a la misma. Sin embargo, el Tribunal consideró conveniente señalar: a) que las organizaciones profesionales agrarias pueden ser operadores

económicos y como tales pueden incurrir en las prohibiciones establecidas en la LDC (Resolución del TDC de 16.12.1996), b) que la decisión de una asociación empresarial o profesional de negociar un acuerdo general corporativo en interés de los asociados, lo mismo que el acuerdo entre empresarios de llevar a cabo una negociación colectiva, es un acto prohibido por el artículo 1 LDC porque, al sustituir la oferta colectiva a la actuación independiente y al unificar las condiciones contractuales, se está limitando la competencia, que exige tanto una elaboración autónoma de las propias condiciones como su oferta individualizada por cada uno de los operadores presentes en el mercado (Resolución del TDC de 30.7.1992), c) que frente a las anteriores afirmaciones, no cabe aducir la existencia en Europa de organizaciones interprofesionales agroalimentarias que se configuran como organismos de coordinación y cooperación de los distintos sectores del sistema agroalimentario puesto que su constitución no las sitúa al margen del Derecho de la Competencia. En efecto, de conformidad con la tendencia imperante en otros Estados miembros de la Unión Europea, la Ley 38/1994 ha regulado en nuestro país las organizaciones interprofesionales agroalimentarias. Pero en dicha Ley se recogen, de un lado, las finalidades de las citadas organizaciones que son: a) llevar a cabo actuaciones que permitan un mejor conocimiento, una mayor eficiencia y una mayor transparencia de los mercados, b) mejorar la calidad de los productos y de los procesos de distribución, c) promover programas de investigación y desarrollo, d) promocionar las producciones agroalimentarias, e) promover en actuaciones que faciliten una información adecuada a los intereses de los consumidores, f) realizar actuaciones en defensa del medio ambiente, y g) desarrollar acciones que permitan una permanente adaptación de los productos agroalimentarios a las demandas del mercado (artículo 3 LDC); y se establece, de otro, que los acuerdos de las organizaciones interprofesionales agroalimentarias se ajustarán a las normas y principios recogidos en la LDC y a las disposiciones reguladoras de esta materia en el Derecho Comunitario. Por su parte, la Disposición Adicional Tercera de dicha Ley proclama que la comisión por parte de las organizaciones interprofesionales agroalimentarias de infracciones a la libre competencia podrá dar lugar, una vez sancionada por el Tribunal, a la suspensión temporal o retirada definitiva del reconocimiento otorgado por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación cuando tales infracciones supongan un menoscabo o lesión de las finalidades previstas en el artículo 3 de la LDC.

En cuanto a la imputación a diversas empresas de una práctica concertada para aplicar los mismos precios base y las mismas bonificaciones y descuentos por calidad de la materia prima en las compras de leche de vaca a los ganaderos, el Tribunal consideró que, si bien no existían pruebas fehacientes del acuerdo, sin embargo había múltiples pruebas indiciarias del mismo tales como la identidad de los precios base por litro de leche y de las bonificaciones y penalizaciones por calidad contenidos en las cerca de 400.000 facturas de las empresas encausadas analizadas por el Tribunal o el dato de que las variaciones en los precios se produjeran de manera uniforme en cuanto a su cuantía según los meses y temporadas y se aplicaran además de forma coincidente en el tiempo. Estos hechos unidos a la circunstancia objetiva de que, dadas las características particulares del mercado de la leche en origen en la época a la que se retrotrae el expediente, resultaba imposible una tan amplia coincidencia en precios, llevaron al Tribunal a presumir que se había producido una actuación coordinada de dichas empresas.

De especial interés a este respecto resulta la argumentación desarrollada por el Tribunal para rechazar la tesis de la existencia en dicho mercado de un "líder barométrico", en este caso la empresa La Lactaria Española, S.A., que, por su carácter de empresa pública, su potencial de compra y su alto volumen de contratación, lanzaba un precio que era seguido por las demás industrias lácteas. En efecto, la Resolución establece que "El liderazgo en precios en una industria consiste en que cualquier cambio de precios de la empresa reconocida como líder es seguido por el resto que se suman voluntariamente a esta iniciativa. Es preciso preguntarse acerca de la motivación que impulsa a las empresas al seguimiento del líder. En este sentido se han identificado en la literatura varios modelos, entre los que destacan, con referencia a este caso, el del líder barométrico y el del líder colusivo.

En el primer caso, el líder es simplemente un "barómetro" de las condiciones del mercado. Los rivales se adhieran al precio del líder sólo debido a que, y en la medida en que, éste refleja con prontitud razonable las condiciones del mercado. Por tanto, implícitamente se le reconoce al líder una capacidad superior de identificar o anticipar cambios en el mercado, aproximándose en última instancia la asignación de precios a la situación que terminaría prevaleciendo en competencia, o mejor dicho, en circunstancias en que las decisiones de las empresas no se coordinaran. Nótese que la sola presencia de un líder barométrico no necesariamente implica la coincidencia de precios

(puesto que las empresas pueden ser distintas en cuanto a costes, oferta de productos, etc. y esto puede dar lugar a una estructura de precios diferenciada), aunque sí implica la coincidencia en cuanto al cambio o evolución de los mismos.

El segundo modelo es el del liderazgo de precios colusivo. Uno de los problemas más importantes al que se enfrentan las empresas en un mercado oligopolístico u oligopsonístico es desarrollar sistemas de comunicación que permitan coordinar sus decisiones con el fin de defender sus intereses comunes. Los mecanismos que pongan en práctica han de ser suficientemente sutiles como para que no se detecten las prácticas colusivas por parte de las autoridades, y flexibles como para acomodar fácilmente cambios en la estructura de demanda o en las condiciones de costes, sin que ello ponga en peligro la estabilidad del acuerdo colusivo al malinterpretar los participantes dichos ajustes como desviaciones unilaterales del mismo. El liderazgo en precios es una de las formas en que se materializa la coordinación de las empresas que persiguen la maximización conjunta de sus beneficios.

Las diferencias entre el modelo colusivo y el barométrico son difíciles de establecer. Por ejemplo, es cuestionable la lectura procompetitiva que pueda hacerse en aquellas ocasiones en que el líder de un oligopsonio reacciona ante aumentos de los precios de compra que ofrecen sus rivales ajustando los suyos también al alza. En estos casos, cabe interpretar este comportamiento como una señal del líder a sus rivales para restaurar la disciplina en el mercado y disuadir futuros aumentos de precios que, de producirse, serán correspondidos con la consiguiente pérdida para todos. Quizá lo que distingue en última instancia a estos modelos no es tanto la motivación que impulsa a las empresas al seguimiento del líder -la maximización del beneficio conjunto-, como el éxito con que consiguen alcanzar este objetivo. Según que los rasgos estructurales del mercado tiendan a facilitar o dificultar el que se alcance y mantenga un acuerdo colusivo, será más probable que nos encontremos con un líder que, a posteriori, pueda tildarse de colusivo o barométrico. Sea cual sea el caso, el hecho de que exista una institución como la del "líder" no es inocuo y puede contribuir a que las condiciones que prevalecen en un mercado no sean las mismas que las que prevalecerían de no haberlo. En general, los precios que se observan en mercados en donde hay liderazgo en

precios tienden, por término medio, a incorporar mayores márgenes y presentan menor volatilidad.

En el caso que nos ocupa, ya se ha puesto de manifiesto que las características estructurales del mercado hacen poco plausible que, como consecuencia de la libre competencia entre empresas, se genere la identidad entre sus precios. Por otra parte, el mercado presenta rasgos que a menudo se encuentran en situaciones en que las empresas han coordinado con éxito sus estrategias de fijación de precios. En efecto, el hecho de que la industria esté relativamente concentrada, la oferta de leche sea poco sensible a variaciones del precio, el bien demandado sea relativamente poco diferenciado, la oferta agregada, aunque estacional, sea relativamente estable, etc, propicia el que las empresas demandantes concierten un precio y que esa concertación se mantenga en el tiempo. El líder no es ni más ni menos que la forma de instrumentarlo. En conclusión, el modelo del líder barométrico podría explicar la coincidencia en cuanto a los movimientos de los precios pero no justifica, en un mercado con las condiciones que caracterizan el de la leche en origen, la identidad de los mismos. En cambio este tipo de comportamiento resulta mucho más plausible si se analiza bajo el prisma del modelo de líder colusivo."

Como resultado de su análisis, el Tribunal impuso a las empresas lácteas partícipes en la concertación multas por un importe global de 1.100 millones de pesetas.

A la hora de determinar la cuantía de la sanción el Tribunal, teniendo en cuenta que un gran número de las empresas encausadas desarrollaban otras actividades económicas no relacionadas con el sector lácteo o, aún relacionadas con éste, ajenas a los hechos que motivaron el expediente, tomó en consideración tan sólo el volumen de compras de leche de vaca en España de las citadas empresas.

Resolución de 5.6.1997, Expte. 391/96, Autoescuelas de Linares.

En esta Resolución el Tribunal consideró probada una actuación concertada de las autoescuelas de Linares para establecer un mismo precio para la obtención del carnet de conducir " B-1". El Tribunal, a falta de una prueba directa del acuerdo, llegó a esta conclusión mediante la utilización de la

prueba de presunciones, ya que en el expediente constaba que las autoescuelas encausadas, tras haber mantenido una relativa diferenciación de sus tarifas a lo largo del año 1995, habían unificado sus precios para el año siguiente.

El Tribunal se planteó también la cuestión de si una modalidad del permiso de conducción de vehículos de motor podía constituir un producto diferenciado a los efectos de fundar la existencia de una conducta prohibida y llegó a una conclusión afirmativa al considerar que el permiso denominado "B-1", por una parte, es el más demandado y, por otra, carece de productos sustitutivos.

Por la realización de dicha práctica se sancionó a las autoescuelas implicadas con multas cuya cuantía oscilaba entre las 39.000 y las 355.000 ptas.

Resolución de 10.6.1997, Expte. 370/96, Desmotadoras de algodón.

El expediente se inició por denuncia presentada por dos empresas desmotadoras de algodón contra otras 21 por haber suscrito un acuerdo para regular la producción, repartirse el mercado y fijar los precios de compra de algodón bruto en el mercado nacional. El acuerdo que se extendía a las campañas de 1993 a 1996 preveía el establecimiento de cupos de compra por empresas, penalizaciones por sobrepasar el cupo y compensaciones para los que no llegaban a cubrirlo. Para asegurar el cumplimiento del acuerdo se exigía además la prestación de un aval documentado en pagarés garantizados por un banco emitidos en favor de la Asociación de Desmotadoras de Algodón de España.

El documento en el que se plasmaba dicho acuerdo firmado por todas las empresas desmotadoras incluidas las denunciadas obraba en el expediente. Por otra parte, la existencia de un cártel para lograr la autorregulación del mercado ha sido reconocida por los propios encausados.

El Tribunal consideró que se trataba de una práctica prohibida por el artículo 1.1 LDC y considerando que se trataba de una de las prácticas más graves contra la libre competencia, que el cártel alcanzaba alrededor del 90% del mercado de la producción y desmotación del algodón, y que había causado importantes perjuicios a los cultivadores, impuso a sus autores multas por importe de 176 millones de pesetas.

Algunas de las empresas encausadas alegaron que el acuerdo venía justificado por la existencia de un exceso de capacidad productiva en el sector y la necesidad de una reconversión industrial del mismo. Y sobre la base de estas consideraciones solicitaron una autorización singular durante la tramitación del expediente sancionador. Sin embargo, el Tribunal, a la vista de los datos de producción de algodón y de las inversiones realizadas por varias empresas del sector para ampliar su capacidad de desmotación, del dato de que tanto la Administración Central como la Autonómica de Andalucía habían desestimado la declaración de sector en crisis e incluso esta última había procedido a otorgar ayudas públicas para la ampliación de la citada capacidad, llegó a la conclusión de que la crisis habida en los últimos años era coyuntural por causa de la sequía y, en consecuencia, consideró improcedente la concesión de la autorización.

Resolución de 23.12.1997, Expte. 404/97, Servicios Funerarios de Madrid.

Diversos industriales marmolistas denunciaron a la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol y a la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid por haberse puesto de acuerdo para controlar y repartirse el mercado del llamado arte funerario en los cementerios de Madrid y excluir del mismo a los empresarios no pertenecientes a la citada Asociación. En la fase de instrucción del expediente se puso de manifiesto la existencia de otras dos prácticas restrictivas de la competencia además de las que fueron objeto de la denuncia: en primer lugar, la adopción por parte de la citada Asociación de un acuerdo de homogeneización de los precios a cobrar por los marmolistas, y, en segundo lugar, una conducta de abuso de posición dominante realizada por la Empresa Mixta al imponer a los marmolistas un canon por los trabajos de colocación de lápidas en los cementerios municipales y grabación de las mismas.

En relación con la acusación de existencia de un acuerdo de fijación de precios hay que señalar, con carácter previo, que el Servicio limitó el objeto del expediente a los precios cobrados por los marmolistas pertenecientes a la citada Asociación a las compañías de seguros que operan en el ramo de decesos. Por esta razón, la posible homogeneización de los precios de los trabajos realizados para los particulares no pudo ser objeto de análisis ni de sanción pese a que en el expediente obraban datos relativos a que una de las

principales finalidades de la Asociación era la unificación de los precios y a que la existencia de las mesas de contratación y el sistema de turnos rotatorios llevaban a suponer una previa concertación en materia de precios. En atención a estas consideraciones, el Tribunal interesó del Servicio la realización de una investigación al respecto.

Por lo que se refiere a la concertación en materia de precios, el Tribunal, ante la falta de una prueba directa del acuerdo y la verosimilitud de la alegación formulada por la Asociación relativa a que, dada la estructura del sector del seguro de decesos en España (existencia de muy pocas compañías y de un numeroso colectivo de asegurados que se cifra en la mitad de la población española), por lo general el precio viene impuesto colectivamente por las compañías de seguros que, indudablemente, gozan de poder de mercado, resolvió que no podía utilizarse en este caso la prueba de presunciones para determinar como cierta la existencia de colusión. En consecuencia, declaró que no había resultado acreditada la práctica restrictiva de la competencia en cuestión.

2.1.5. Profesiones liberales.

Resolución de 5.6.1997, Expte. 372/96, Arquitectos de Madrid.

Se denunció al Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid por haber negado el visado a una hoja de encargo profesional para la construcción de una nave industrial, en la que se detallaban los metros cuadrados a construir, el presupuesto de ejecución material y los honorarios a percibir por el arquitecto y, como consecuencia de dicha negativa, haber retenido el expediente.

El Colegio fundaba su negativa en que en el presupuesto se establecía un precio por metro cuadrado inferior al mínimo establecido por el propio Colegio para ese tipo de obras.

Las cuestiones planteadas en este caso eran fundamentalmente las siguientes: la competencia del Tribunal para conocer sobre estos asuntos, la legalidad del establecimiento de honorarios mínimos por parte del Colegio, y, por consiguiente, la inexistencia de conductas restrictivas de la competencia.

Con respecto a la cuestión del sometimiento de los Colegios Profesionales a la normativa de la competencia, el Tribunal consideró que la misma había sido analizada y resuelta en la Resolución de 28.7.1994 que afectaba también al Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid. La doctrina establecida en dicha Resolución gravitaba en torno a los siguientes principios: primero, la LDC es de aplicación general a todos los sectores de la actividad económica, incluidos los Colegios Profesionales; y, segundo, si bien el Tribunal carece de competencia para revisar los actos de los Colegios Profesionales cuando éstos ejercen funciones públicas (actos administrativos), sin embargo la tiene plenamente para enjuiciar sus actuaciones al margen de dichas funciones cuando afectan a la actividad económica y restringen la competencia en el mercado. Esta doctrina ha sido confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30.12.1993 que establece que la valoración de si existe una infracción de la LDC corresponde exclusivamente al TDC, no habiendo sido, por tanto, encomendada a ningún órgano sea colegial, administrativo o judicial, ni existiendo reparto de competencias atendiendo a la naturaleza del sujeto imputado, todo ello sin perjuicio del posterior control jurisdiccional de la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional.

Entrando a analizar el fondo del asunto, el Tribunal declaró, en primer lugar, que no toda actuación de un Colegio Profesional constituye actividad administrativa y, claramente, la de fijar los precios mínimos del metro cuadrado construido no lo es. Por otra parte, consideró que los hechos objeto del expediente no se refieren a la fijación de honorarios mínimos por parte del Colegio, conducta que gozaría del amparo legal de la Ley 2/1974 y del R.D. 2512/1977, sino al establecimiento por parte del Colegio de unos módulos al margen de dichas normas. En efecto, el Colegio ha tratado de sustituir la normativa específica sobre tarifas que hace referencia a que los honorarios se calculen sobre el coste de la ejecución material de la obra según liquidación que habría de practicarse al final de la misma, por unos módulos en los que se establece un precio mínimo del metro cuadrado construido según las zonas, los cuales se aplican para evaluar el coste del proyecto y el cálculo de los honorarios del arquitecto con independencia de cuáles sean los costes reales. En consecuencia, el Colegio, al fijar el presupuesto mínimo de la obra proyectada por un colegiado invalidando el elaborado por el arquitecto de acuerdo con su cliente, se está irrogando unas facultades que no le competen y contraviniendo la libertad de mercado. Y, al condicionar el visado al

cumplimiento de sus normas internas, está impidiendo el libre ejercicio de la profesión al colegiado y la realización de la obra.

Por todo ello, el Tribunal consideró que la actuación del Colegio constituía una decisión colectiva prohibida por el artículo 1.1.a) LDC y, dada la gravedad de la infracción, sancionó al citado Colegio con una multa de 12 millones de pesetas.

Resolución de 24.7.1997, Expte. 393/96, Aparejadores de Cádiz.

La Resolución tiene por objeto un convenio suscrito entre el Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz) y el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Cádiz y Ceuta por el cual los miembros de dicho Colegio que lo desearan podrían realizar los informes técnicos necesarios para la legalización de las viviendas construidas sin licencia municipal, a los precios fijados en el mismo. Dichas cuantías eran diferentes de las establecidas en el Real Decreto 314/1979, que regula los honorarios de los aparejadores y de los arquitectos técnicos.

El Tribunal consideró que se trataba de un acuerdo restrictivo de la competencia en materia de precios y, por lo tanto, prohibido por el artículo 1 LDC, aunque, dada su finalidad, que no era otra que legalizar las viviendas que se hallaban en situación irregular, hubiera resultado susceptible de la concesión de una autorización singular si la misma se hubiera solicitado con antelación o en el curso del expediente.

Asimismo consideró que la conducta restrictiva de la competencia resultaba prohibida con independencia del carácter de corporaciones públicas de sus causantes, puesto que, al obrar como operadores económicos, les es de aplicación la normativa de la competencia.

En este caso no se impuso sanción económica.

2.1.6. Publicación de un boletín de precios.

Ver Resolución de 12.5.1997, Expte. 398/97, Boletín Ganvam.

2.1.7. Reparto de mercados.

Ver Resolución de 24.9.1997, Expte. 400/97, Hüls española.

Ver Resolución de 10.6.1997, Expte. 370/96, Desmotadoras de algodón.

Resolución de 23.12.1997, Expte. 404/97, Servicios Funerarios de Madrid.

Diversos industriales marmolistas denunciaron a la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol y a la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid por haberse puesto de acuerdo para controlar y repartirse el mercado del llamado arte funerario en los cementerios de Madrid y excluir del mismo a los empresarios no pertenecientes a la citada Asociación. La forma en la que se llevó a cabo dicha práctica fue la cesión en exclusiva por parte de la Empresa Mixta a la Asociación de unos locales situados en los tanatorios y cementerios municipales en los que unos empleados de la Asociación recibían los encargos de los clientes, los cuales posteriormente se distribuían entre los miembros de la Asociación siguiendo un turno establecido por orden alfabético. En estas condiciones la contratación de trabajos resultaba prácticamente imposible para los industriales marmolistas no pertenecientes a la Asociación.

El Tribunal consideró que la Asociación y la Empresa Mixta se habían concertado para restringir la competencia mediante la realización de prácticas de control de la producción y de reparto de mercados y les impuso una multa de 2.500.000 ptas. a cada una de ellas. Aunque el Servicio propuso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 LDC, que se sancionara a los componentes de la junta directiva de la Asociación, el Tribunal estimó que dicha sanción resultaba improcedente ya que supondría un tratamiento discriminatorio con respecto a los directivos de la Empresa Mixta, los cuales no habían sido objeto de inculpación en el expediente.

2.2. Acuerdos verticales.

2.2.1. Distribución selectiva.

Resolución de 14.10.1997, Expte. 380/96, Perfumería.

El expediente fue incoado de oficio contra dos empresas fabricantes y distribuidoras de productos de perfumería y cosmética (COSESA y ALBESA) por haber implantado un sistema de distribución selectiva y haber establecido en los contratos reguladores diversas cláusulas restrictivas de la competencia entre las que destaca la fijación de los precios de venta al público de los citados productos.

En el curso del procedimiento las dos empresas expedientadas solicitaron autorización singular para sus respectivos contratos tipo de distribución selectiva.

En su Resolución el Tribunal realizó, en primer lugar, unas consideraciones sobre las restricciones verticales de la competencia, terciando en la polémica existente sobre la competencia inter e intramarcas. En segundo lugar, se analizaron los sistemas de distribución selectiva, denominados así porque los minoristas son elegidos en función de su capacidad para el manejo de productos técnicamente complejos o por su idoneidad para preservar la imagen de la marca y concluyó, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, que tales sistemas no infringen el artículo 1 LDC si cumplen los siguientes principios: a) principio de necesidad, consistente en que los criterios objetivos aplicados han de ser de carácter únicamente cualitativo y responder a la naturaleza de los productos de que se trate para conseguir una adecuada distribución, b) principio de proporcionalidad, consistente en que no se pueden imponer exigencias desproporcionadas en relación con el objetivo perseguido, que no es otro que el de lograr un comercio especializado eficiente y que garantice la venta de los productos en condiciones óptimas; y, c) principio de no discriminación, consistente en que los criterios de selección han de aplicarse sin discriminaciones y de igual modo para todos los revendedores.

En relación con el caso que nos ocupa el Tribunal consideró que, al tratarse de un sistema de distribución selectiva de productos de lujo con marca renombrada (Cacharel, Paloma Picasso), cuya presentación e imagen es importante, y en el que la selección se realiza sobre la base de criterios objetivos, no resulta prohibido ni precisa autorización. Sin embargo, en los contratos se contienen una serie de obligaciones para los distribuidores tales como realizar un volumen mínimo de compras, tener unos surtidos mínimos de los productos, garantizar una rotación anual de dichos productos y desarrollar una cooperación publicitaria y promocional. Con respecto a estas estipulaciones el Tribunal consideró que: a) la cláusula relativa al volumen mínimo de compras permite a COSESA y ALBESA concentrar la distribución en los puntos de venta más competitivos, con lo que se consigue racionalizar los costes de distribución y los apoyos a los detallistas autorizados. Así, éstos contribuirán activamente a revalorizar la marca mediante un mayor servicio al consumidor, por lo que contribuye a aumentar la eficiencia en la distribución. Por otra parte, dicho volumen mínimo de compras tiene un límite superior que puede considerarse razonable, por lo que no restringe excesivamente la libertad del detallista autorizado de vender o promocionar marcas de la competencia, b) el mantenimiento de un stock mínimo por punto de ventas supone que los consumidores siempre pueden encontrar en cada uno de ellos una amplia gama de los productos comercializados por COSESA/ALBESA con lo que se facilita su compra, c) La garantía de una rotación anual del stock, además de ser en ciertos casos necesaria para disponer de aquellos productos que se cambian con relativa rapidez para seguir las tendencias de la moda, facilita el que los productos se vendan en perfecto estado de conservación, y d) las obligaciones en materia de cooperación publicitaria y promocional suponen compromisos genéricos con las marcas comercializadas por COSESA/ALBESA, y posibilitan la coordinación de los gastos promocionales del licenciatario y de los detallistas autorizados, en beneficio de ambos, además de permitir una mejor planificación de las campañas publicitarias. En cualquier caso, estas obligaciones no obstaculizan a los detallistas autorizados a obtener provecho de la competencia intermarca. Así pues, los contratos de distribución selectiva cumplen todos los requisitos necesarios para lograr una autorización singular.

A la hora de imponer una sanción el Tribunal, si bien tomó en consideración los nuevos planteamientos doctrinales en materia de restricciones verticales, adoptó una línea de prudencia e impuso unas multas de cuantía moderada en

relación con la gravedad de la infracción (6 millones de ptas. a COSESA y 1 millón de ptas. a ALBESA). Asimismo resolvió ordenar a ambas empresas la difusión de la Resolución entre sus distribuidores autorizados.

Ver también Resolución de 24.09.1997, Expte. 400/97, Hüls española.

2.2.2. Fijación de precios.

Resolución de 12.2.1997, Expte. 383/96, Fabricantes de lencería.

El Ayuntamiento de Coslada denunció a diversos fabricantes de lencería y corsetería por fijar los precios de venta al público de sus productos. Durante la instrucción se puso de manifiesto que las empresas Lovable, Playtex, Triumph y Little Kiss no sólo remitían a los minoristas unos listados en los que se contenían los precios de venta al público de los productos de lencería y corsetería, y, además, adherían a las cajas o los envoltorios con los que se ponen a la venta tales productos unas etiquetas con el precio de venta al público.

El Tribunal consideró que la fijación de precios, tanto horizontal (por acuerdo entre competidores) como vertical (por imposición o simple recomendación de los fabricantes a los revendedores), constituye una de las infracciones más graves de las normas de la competencia porque impide que se ofrezcan a los consumidores los mismos productos con diferentes precios y, por tanto, la existencia de precios más bajos que los recomendados por el fabricante. En consecuencia, impuso a las empresas infractoras multas por un importe total de 59 millones de pesetas.

El Tribunal, por otra parte, se pronunció también sobre la polémica planteada en torno al alcance de las restricciones verticales de competencia concluyendo que no es el momento de analizar la debatida cuestión de si debe plantearse la limitación de la competencia "intramarcas" mediante la fijación o recomendación de un precio único por su titular por cuanto que este Tribunal ha declarado en diversas ocasiones que la fijación vertical de los precios supone una infracción de lo dispuesto en el artículo 1 LDC, y no existiendo razones en este caso para un cambio de orientación, debe mantenerse la misma teoría que hasta el momento se ha sostenido, es decir, que tanto la

fijación horizontal como la vertical de los precios supone una infracción del mencionado artículo 1.1.a) LDC. En consecuencia, ha de seguir defendiéndose la tesis de que la especificación de precios de los artículos por los fabricantes, en el etiquetado de las cajas o productos, o mediante la remisión de listas de precios en las que se especifican los precios de venta al público, supone una de las fórmulas más frecuentes de sistema de fijación vertical de precios y, por lo tanto, de infracción del artículo 1.1.a) LDC.

Si en algún caso cupiera autorizar la fijación vertical de precios, desde luego sería en supuestos de características muy diferentes al presente. Por ejemplo, cabría pensar que sería admisible una fijación vertical de precios en función de los sistemas de integración vertical (concesión, franquicia, distribución exclusiva) que se aproximan en buena medida a la concentración. Piénsese que si el fabricante y el minorista forman parte del mismo grupo o se concentran, aquél podría fijar el precio al público sin que ello supusiera infracción a las normas de la competencia. Pues bien, alguna similitud con ese supuesto tiene el caso de la integración vertical. De la misma manera que cabe plantearse hipotéticamente la autorización de una fijación de precios por el fabricante en el supuesto de venta de un producto por el franquiciado, o para el mantenimiento del prestigio de una marca, también cabría para una oferta especial de promoción de un producto hecha por el fabricante que quiera lanzarlo a bajo precio. Estas y otras razones similares podrían llegar a aconsejar la aceptación de la fijación vertical del precio, porque los efectos anticompetitivos que produce pueden ser compensados con otras ventajas para los consumidores o con la mayor eficacia del sistema de distribución o la protección de un derecho de exclusiva legalmente reconocido, según los casos.

Nada de eso ocurre en este supuesto en el que las únicas ventajas que se detectan ni benefician a los consumidores ni al progreso ni a la mejora de la eficiencia de las empresas de distribución. En efecto, el que los precios de venta sean uniformes para todos produce efectos anticompetitivos y la única ventaja que se obtiene radica en que los comerciantes se evitan calcular sus cuantiosos márgenes en estos productos (que llegan al cien por cien) y además constituye una barrera para la generalización de los descuentos, circunstancias todas ellas que, lejos de suponer un contrapeso para los efectos anticompetitivos del precio único de reventa, aumentan tales efectos. La unificación de los precios de reventa, fuera de algunas circunstancias

excepcionales que no se presentan en este caso, supone una disfunción económica, ya que, como quiera que los comerciantes tienen costes fijos diferentes, el supuesto de unos costes más reducidos, en lugar de beneficiar a los consumidores con precios más bajos, repercute en el mejor resultado de la cuenta de beneficios, lo cual significa un objetivo que no resulta digno de protección. Por otra parte la ausencia de la batalla de precios tampoco incentiva una reducción de costes que redundaría en la eficiencia de las empresas.

2.3. Abuso de posición dominante.

2.3.1. Exclusión del mercado.

Resolución de 15.12.1997, Expte. 396/97, Fútbol por ordenador.

En este caso la empresa Tower Communications, SRL denunció a la Liga de Fútbol Profesional, la Sociedad Española de Fútbol Profesional, S.A. (vinculada a la anterior) y a Dinamic Multimedia, S.A. por acordar otorgar al juego interactivo por ordenador denominado PC FUTBOL el carácter de único juego oficial de la Liga, impidiendo la comercialización del juego de la denunciante llamado PC LIGA y excluyendo, por tanto, a dicho producto del mercado.

El Servicio, tras la pertinente instrucción, consideró que las conductas denunciadas eran constitutivas, por una parte, como ya se ha visto, de un acuerdo anticompetitivo y, por otra, de un abuso de posición dominante de la Liga y de la Sociedad Española de Fútbol Profesional, S.A. El abuso consistía en negar la utilización de los escudos de los clubes de primera y segunda división, los colores correspondientes a sus equipos y las imágenes y nombres de los jugadores, sobrepasando de este modo los derechos que les atribuye la Ley del Deporte, pues hay que señalar que los citados derechos de imagen no corresponden a la Liga ni consta que les hayan sido cedidos.

El Tribunal consideró como mercado relevante de producto los juegos de fútbol por ordenador, separándose en este punto de la definición realizada por el Servicio, al estimar que el contenido de los derechos de imagen sobre las

competiciones de fútbol atribuidos legalmente a la Liga no tienen entidad suficiente para constituir un mercado diferenciado. Por otra parte se consideró como mercado geográfico relevante el español.

Pues bien, en dicho mercado no están presentes ni la Liga ni la Sociedad Española de Fútbol Profesional. Luego, ni cabe hablar de que ostenten una posición de dominio ni mucho menos que abusen de ella. A mayor abundamiento, el hecho de que una persona o entidad se atribuya derechos que pretendidamente no tiene puede ser considerado como un comportamiento anticompetitivo cuando a través del mismo se impida a un operador económico entrar o mantenerse en un mercado; en otro caso, se tratará de una cuestión de índole civil o administrativa que deberá solventarse en la instancia jurisdiccional que corresponda. Por otra parte, la negativa de cesión de derechos es legítima si no se tiene poder de mercado o, incluso teniéndolo, si no resulta injustificada, circunstancias que no se dan en este caso porque, de un lado, la oferta hecha por la empresa denunciante era muy inferior a los precios ofrecidos por los competidores; y, de otro, cabría admitir la negativa como respuesta al comportamiento de comercializar en el mercado un producto anunciando que se dispone de una licencia que no se tiene.

2.3.2. Imposición de canon.

Resolución de 23.12.1997, Expte. 404/97, Servicios Funerarios de Madrid.

Diversos industriales marmolistas denunciaron a la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol y a la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid por haberse puesto de acuerdo para controlar y repartirse el mercado del llamado arte funerario en los cementerios de Madrid y excluir del mismo a los empresarios no pertenecientes a la citada Asociación. En la fase de instrucción del expediente se puso de manifiesto la existencia de otra práctica restrictiva de la competencia: la imposición a los marmolistas por parte de la Empresa Mixta de un canon por los trabajos de colocación de lápidas y grabación de las mismas realizados en los cementerios municipales, la cual resultaba constitutiva de un abuso de posición dominante.

El Tribunal consideró como mercado relevante de producto los servicios mortuorios en general, entendiendo por tales las actividades a que da lugar la

muerte de una persona hasta que recibe sepultura o es incinerada; si bien en el presente supuesto el mercado de producto se definió como el de los servicios mortuorios que se prestan en el interior de los cementerios. El ámbito geográfico de dicho mercado se limitó al municipio de Madrid a tenor de lo dispuesto en la Ley de Bases de Régimen Local.

En el momento de los hechos la Empresa Mixta se encontraba en situación de monopolio, primeramente legal y, posteriormente, de hecho, con respecto al mercado definido como relevante.

Finalmente, el Tribunal rechazó que el mencionado canon tuviera la consideración de precio público fijado por el Ayuntamiento de Madrid puesto que no tiene su origen en ningún reglamento u ordenanza municipal sino en un acuerdo establecido entre la Empresa Mixta y la Asociación, en el que además se especifica que es de naturaleza voluntaria, que su objeto es satisfacer los mayores gastos en infraestructura, personal y técnica relacionados con la supervisión de los trabajos de arte funerario y la tutela de los consumidores y que no tiene carácter de tarifa o tasa de índole alguna. Por otra parte, la Empresa Mixta no ha presentado ningún documento o testimonio que acredite la aprobación del canon por el Ayuntamiento de Madrid. Así pues, se trata de un precio privado abusivamente impuesto a los marmolistas por la Empresa Mixta a cambio de dar cobertura a las actuaciones anticompetitivas de una Asociación que actúa como un cártel de reparto de mercado e impedir que los industriales ajenos al cártel puedan ofrecer o desarrollar sus servicios en los tanatorios y cementerios gestionados por aquélla.

El Tribunal, en aplicación del principio de que nadie puede resultar beneficiado por la realización de una conducta anticompetitiva (artículo 131.2 Ley 30/1992), acordó imponer a la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid una multa de 110.000.000 ptas. cantidad aproximadamente equivalente a los ingresos obtenidos por la imposición del citado canon.

2.3.3. Negativa de venta.

Resolución de 18.7.1997, Expte. 382/96, Telefónica de España.

La empresa ESPRIT TELECOM DE ESPAÑA, S.A. denunció a Telefónica de España, S.A. por haber retrasado de manera injustificada la instalación de líneas para circuitos de 512 Kbps entre sus oficinas de Madrid y Londres; obligarla a firmar un contrato de alquiler de circuitos internacionales que contiene varias cláusulas abusivas y que no ha sido aprobado por la Administración y aplicar precios discriminatorios.

En este caso, se definió como mercado relevante el de la prestación de servicios de telecomunicaciones. En dicho mercado Telefónica tenía posición de dominio en virtud del contrato suscrito con el Estado en el año 1991.

El Tribunal consideró que Telefónica no había incurrido en abuso de posición dominante por las siguientes razones: En cuanto a la primera de las prácticas denunciadas porque los retrasos habían sido motivados, en buena medida, por ESPRIT, dado que la citada empresa carecía de título habilitante para prestar los servicios que pretendía realizar a través de la citada línea y por el efecto sanador de la conciliación lograda ante la Comisión Europea. En cuanto a la segunda, porque las pruebas practicadas demostraban que el contrato fue remitido a la Administración, la cual no puso objeciones a ninguna de sus cláusulas. Y por lo que se refiere a la tercera por no haberse demostrado.

Ver también Resolución de 15.12.1997, Expte. 396/97, Fútbol por ordenador.

2.3.4. Precios no equitativos.

Resolución de 30.12.1997, Expte. 361/95, Funerarias de Madrid 2.

UNESPA denunció a la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A. por la realización de las siguientes prácticas restrictivas de la competencia: en primer lugar, el establecimiento de precios no equitativos consistentes en una subida injustificada de tarifas, la supresión de los servicios más económicos y el establecimiento de un recargo del 300% para los enterramientos en Madrid de las personas no empadronadas en la capital.

Y, en segundo lugar, la ampliación del ámbito del monopolio a los traslados funerarios desde Madrid a otros municipios.

El SDC, tras incoar el correspondiente expediente sancionador por los hechos denunciados, lo sobreseyó por considerar que se trataba de actividad administrativa que gozaba de amparo legal.

Recurrida la decisión por UNESPA, el Tribunal la revocó por Resolución de 31.5.1995 en la que se acordó además, habida cuenta de que el expediente se circunscribía a una cuestión de valoración jurídica y no precisaba de nueva instrucción, proseguir la tramitación del expediente ante el Tribunal. La Resolución incorporaba un voto particular del Vocal Ponente que se mostraba conforme con la revocación del acuerdo de sobreseimiento, pero discrepaba del procedimiento a seguir a partir de ese momento pues, pese a la existencia de precedentes (vid. la Resolución de 22.3.1991), se podía vulnerar el derecho a la defensa de la Empresa Mixta.

La tramitación del expediente, por otra parte, se vió penalizada por la falta de quorum del Tribunal en virtud de las vacantes que se produjeron en el año 1995.

Los hechos fueron reconocidos como ciertos por la empresa denunciada la cual, sin embargo, alegó con respecto a los precios su naturaleza pública y su aprobación por el Ayuntamiento de Madrid y con respecto al recargo que, finalmente, no fue aplicado.

El Tribunal consideró como mercado relevante el de los servicios funerarios en el área metropolitana de Madrid. En dicho mercado la Empresa Mixta ostentaba un monopolio legal otorgado por el Ayuntamiento de Madrid en el año 1966.

Las dos cuestiones que se debatieron en el expediente fueron por una parte, la aplicación a las empresas públicas de la normativa sobre la competencia y, por otra, la naturaleza de las tarifas aplicadas y su condición de abusivas. Por lo que se refiere a la primera cuestión, la aplicación de la normativa de la competencia a las empresas públicas y a los monopolios legales se establece claramente en el artículo 90 del Tratado CEE y en el artículo 6.3 de LDC y así ha sido ratificada por el Tribunal de Justicia de la CEE y por este Tribunal en

anteriores Resoluciones (Resoluciones de 21.9.93 y 30.10.93). En cuanto a las tarifas, el Tribunal considera plenamente acreditado que se trata de precios privados que se determinaron libremente por la Empresa Mixta y no fueron aprobados por el Ayuntamiento aunque se reflejaron, como anexo, en la previsión de ingresos y gastos del Presupuesto General de la citada Corporación Local.

Por último, la Resolución se planteó si los acuerdos adoptados por la Empresa Mixta en relación con las tarifas para el año 1992, que son objeto de este expediente, tenían carácter abusivo y, en consecuencia, resultaban prohibidos por el artículo 6 LDC. A este respecto cabe señalar que el citado artículo 6. en su número 2 letra a) considera la imposición de precios no equitativos como un típico comportamiento abusivo. Así pues, para poder determinar el carácter abusivo de un incremento de precios habrá que analizar ante todo su justificación.

En este caso la justificación aportada por la Empresa Mixta no resulta convincente. La citada empresa no realizó, en su momento, ningún estudio que apoyara la necesidad del aumento de las tarifas y en consecuencia no ha podido presentar ninguna memoria económica relativa al tema. La única explicación dada por la Empresa Mixta a lo largo del expediente ha sido la existencia de cuantiosas pérdidas, que en el año 1991 se elevaban a la cantidad de 686 millones de pesetas y el haber tenido que realizar importantes inversiones en tanatorios y cementerios municipales. A este respecto hay que decir, por una parte, que la existencia de pérdidas no justifica por si sola el aumento de las tarifas, antes bien refuerza la conclusión de que la Empresa Mixta se ha comportado como un monopolista típico que opta siempre por subir los precios y repercutir su ineficiencia sobre el consumidor en lugar de tratar de reducir sus costes, política que puede practicar por no tener ningún competidor; y, por otra, que los costes de las inversiones en tanatorios y cementerios, como han tenido ocasión de manifestar el Informe de Auditoría de Arthur Andersen y la Inspección de Hacienda de Madrid, no deben repercutirse sobre las tarifas de los servicios funerarios. Así pues, ante la ausencia de cualquier tipo de estudio económico que justifique el aumento de las tarifas y teniendo en cuenta los siguientes factores: a) que durante el año 1991 no se produjeron importantes aumentos en los costes que debía soportar la Empresa Mixta; b) que la subida generalizada de las tarifas se cifraba en un 15,92% cuando el índice de precios al consumo para dicho período había

sufrido tan sólo un incremento del 5,5%; y c) que los precios cobrados por la Empresa Mixta resultaban los más elevados en comparación con las empresas funerarias que operaban en su entorno geográfico más próximo, hay que concluir que el incremento generalizado de las tarifas para el año 1992 resultó abusivo.

A la misma conclusión se llega al analizar la supresión de los servicios funerarios números 3 y 4 que, como se ha demostrado, eran los de mayor demanda, pues además de lo expuesto anteriormente y frente a la explicación dada por la Empresa Mixta de que dichos servicios eran deficitarios, se puede constatar, una vez más, que el salto cuantitativo que se produjo en la escala de los servicios alcanzó casi el doble de lo que constaban anteriormente. Y no cabe aducir en contra de estas consideraciones, como hace la Empresa Mixta, que dichos servicios fueron reemplazados por el llamado "servicio integral", que supuso una importante disminución en el precio que la propia empresa cifra en un 12%, ya que dicho servicio no fue aprobado y puesto en práctica hasta mayo de 1993, es decir casi dos años después de la época a que se refiere el expediente.

Finalmente el recargo del 300% en la tarifa a aplicar a los no empadronados en Madrid no sólo ha de considerarse abusivo en función de las anteriores consideraciones, sino también discriminatorio. Sin embargo, como ya se ha indicado, dicho recargo no fue puesto en práctica.

Este comportamiento de la Empresa Mixta ha causado un grave perjuicio a los consumidores, que han visto como se encarecía, directa o indirectamente en el caso de los seguros, de modo injustificado un servicio necesario que, al prestarse en régimen de monopolio, era de obligada adquisición ya que no existía ninguna otra oferta empresarial alternativa. En consecuencia, de conformidad con las facultades sancionadoras que le han sido atribuidas, el Tribunal acordó imponer a la Empresa Mixta una multa de 137.710.000 ptas.

La Resolución incorpora un Voto Particular que considera que el presente expediente debería haber concluido simplemente con una declaración de que los hechos denunciados constituían un abuso de posición dominante del artículo 6 LDC. Esta conclusión deriva, a su juicio, de la premisa de que la LDC protege dos intereses, uno público, que se encomienda exclusivamente al Servicio y otro particular, que se protege mediante la declaración de la ilicitud

de la conducta o el derecho de recurso contra el archivo de su denuncia o el sobreseimiento del expediente a fin de lograr una condena que permita al interesado ejercitar la acción civil de daños y perjuicios (artículo 13.2). De este modo, la estimación de un recurso no atribuye al TDC la facultad de ejercer la acusación pero sí le permite proseguir la tramitación del expediente sancionador si la instrucción está completa, los hechos han sido admitidos por las partes y el Servicio manifiesta en su informe sobre el recurso su voluntad de abandonar su tramitación, aunque sólo para formular la declaración de práctica prohibida. En definitiva el procedimiento es sancionador en la medida que hay una acción acusadora pública y meramente declarativo cuando el Servicio no ejercita su acción y sólo permanece viva la pretensión del denunciante.

3. Medidas cautelares

Durante el año 1997 el Tribunal de Defensa de la Competencia dictó once Resoluciones en expedientes de medidas cautelares además de cinco Resoluciones resolutorias de incidentes planteados en expedientes cautelares. Se observa así una tendencia, que comienza en el año 1996, al incremento de las medidas cautelares solicitadas por el Servicio y tramitadas por el Tribunal.

De entre las Resoluciones mencionadas en primer lugar algunas de ellas (Resolución de 3.3.1997 -Cajas Rurales 2-; 26.9.1997 -Cajas Rurales 3-; 24.2.1997 -Desmotadoras de Algodón 2- y 22.12.1997 -Tabacalera/McLane 2-) conceden medidas cautelares que habían sido anteriormente adoptadas, pero había transcurrido el plazo de seis meses previsto en la Ley.

3.1. Requisitos para la adopción de medidas cautelares. Cuestión civil.

Resolución de 29.1.1997, Expte. MC 17/96, Ford.

Esta Resolución ordena que Ford España siga suministrando en condiciones normales vehículos, recambios y accesorios a IMTASA; que Ford Credit Europe financie tales adquisiciones en condiciones de normalidad, todo ello con exigencia de fianza a IMTASA por importe de 150 millones de pesetas.

En esta Resolución se reitera la doctrina del Tribunal sobre los requisitos para la adopción de medidas cautelares, que son los siguientes:

- a) Que se haya incoado el correspondiente expediente por el SDC.
- b) Que se aprecie que las conductas son, en principio, anticompetitivas (*fumus boni iuris*) y están causando daños a los interesados o al mercado que, si no se atajan de inmediato, pueden conducir a que la Resolución que adopte el Tribunal resulte ineficaz (*periculum in mora*).
- c) Que exista una solicitud del SDC o de los interesados.
- d) Que se dé audiencia a los interesados ante el Tribunal.
- e) Que las medidas no ocasionen perjuicios irreparables ni impliquen violación de derechos fundamentales.
- f) Que el tiempo de las medidas no exceda de seis meses.

Por la denunciada (Ford) se planteó la incompetencia de jurisdicción por considerar que se trataba de una cuestión civil que debería dilucidarse ante los Tribunales ordinarios. Frente a esa alegación el Tribunal considera mayoritariamente que si bien es cierto que entre los interesados existen determinadas controversias que pertenecen al ámbito de las relaciones jurídico-privadas, puede afirmarse con carácter general que cuando los empresarios utilizan el mecanismo de los incumplimientos contractuales para dificultar e incluso impedir la actividad de otros operadores económicos, se falsea la competencia y, con ello, se afecta de modo directo al interés público, correspondiendo en tal supuesto su resolución al TDC. Ello es lo que ocurre en el supuesto sometido a consideración.

Igualmente se argumentó por la representación de Ford la violación de derechos fundamentales (presunción de inocencia y libertad de empresa). El Tribunal rechaza estas alegaciones por considerar que en un procedimiento que reúne las condiciones de ser instrumental, provisional, mutable y que salvaguarda de forma equilibrada los intereses de las partes en conflicto no se produce violación del principio de presunción de inocencia. Por otra parte, la competencia forma parte del principio de libertad de empresa consagrada en

el artículo 38 de la Constitución y, en consecuencia, con estos procedimientos no se produce una vulneración de tal precepto constitucional.

En esta Resolución existe un Voto Particular suscrito por tres Vocales que discreparon de la existencia del requisito del *fumus boni iuris* así como de la naturaleza de las medidas adoptadas.

En el primer apartado, consideran los Vocales que formulan el Voto particular que existe una apariencia de incumplimiento contractual y que "los incumplimientos contractuales, que se producen por motivos distintos, son parte del ordinario funcionamiento del mercado, correspondiendo al juez civil el tratamiento de la patología contractual".

No existe tampoco apariencia de infracción de los artículos 1 y 7 LDC, en el primer supuesto porque no existe bilateralidad (las distintas sociedades denunciadas son miembros del mismo grupo de empresas). En cuanto a la presunta violación del artículo 7 LDC, según los Vocales discrepantes, es dudoso que exista un abuso de la situación de dependencia ya que para ese supuesto se exige que no exista alternativa para el ejercicio de la actividad, lo cual no ocurre; por otra parte la infracción del artículo 7 exige que la conducta desleal falsee de forma sensible la competencia, lo cual no concurre en este supuesto.

3.2. Mercados relevantes. Mercados conexos.

Resolución de 4.2.1997, Expte. MC 18/96, Servicom/Telefónica.

Esta Resolución estimó la adopción de medidas cautelares en los siguientes términos:

- 1) Ordenar a Telefónica de España S.A., Unisource España S.A., Telefónica Servicios Avanzados de Información y Servicios y Contenidos por la Red que cesen la publicidad conjunta de sus servicios de forma que en sus respectivas actividades publicitarias incorporen las referencias necesarias que permitan a los consumidores o clientes distinguir los distintos servicios que prestan cada una de ellas, con identificación clara de cuál de las empresas citadas es la que

lo presta, y, particularmente, en lo que se refiere a los servicios prestados por Telefónica de España S.A. en régimen de monopolio y los demás servicios.

- 2) Ordenar a Telefónica de España S.A. que cese de usar las líneas bajo el nº 022 para la distribución de los servicios de conmutación de datos y de información, así como para ofrecer la contratación o cualquier tipo de información acerca de estos servicios.

Considera la Resolución comentada que se cumplen en este supuesto los requisitos que el Tribunal viene exigiendo en reiteradas Resoluciones para la adopción de medidas cautelares porque existen indicios de que se ha producido una aparente vulneración del artículo 6 LDC.

El mercado relevante de producto lo constituye, según la Resolución que se comenta, el de servicios de información a través de telecomunicaciones, si bien existen diversos submercados, conectados o dependientes unos de otros, tales como el de servicio de acceso a la información a través de la red telefónica básica-servicio portados, el de prestación del servicio de valor añadido de suministro de conmutación de datos por paquetes y circuitos y el de proveedores de servicios de información. En el primero de estos submercados opera Telefónica en régimen de monopolio de hecho, en el segundo en régimen de libre competencia e intervienen al menos trece empresas, y en lo que respecta al acceso a Infovía, opera Unisource al parecer con posición dominante, y en el tercero la denunciante Servicom y también Servicios y Contenidos por la Red S.A. y Telefónica Servicios Avanzados de Información actúan en régimen de competencia con otras muchas empresas, desconociéndose sus respectivas cuotas de mercado.

Tras estas consideraciones relativas a la configuración del mercado, se adoptan determinadas medidas cautelares por considerar que es necesario impedir que la posición dominante de Telefónica en un mercado pueda trascender a aquellas actividades que se prestan en régimen de libre competencia en otros mercados relacionados o conexos.

3.3. Procedimiento. Medidas que no están relacionadas con las infracciones del Pliego de concreción de hechos.

Resolución de 24.2.1997, Expte. MC 16/96, Material Eléctrico de Murcia.

Esta Resolución declaró que no procedía la adopción de medidas cautelares propuestas por el Servicio que consistían en que se ordenara a 19 almacenistas de material eléctrico que cesaran en las acciones que les imputaban: negativa de suministros, precios sin descuentos y coacción a los fabricantes para que dejen de vender al denunciante.

Se considera por el Tribunal que el Servicio no ha cometido un vicio de procedimiento al proponer la medida cautelar sin dar traslado a los denunciados, ya que ese trámite se ha de cumplimentar ante el Tribunal.

En cuanto a la negativa a conceder las medidas propuestas por el Servicio, el Tribunal se basa en el hecho de que tales medidas se refieren a conductas denunciadas pero que no han sido recogidas en el Pliego de Concreción de Hechos por lo que no constituyen objeto del procedimiento principal.

3.4. Requisitos de accesoriadad y apariencia de buen derecho.

Resolución de 24.2.1997, Expte. MC 19/96, AENOR.

Esta Resolución denegó las siguientes medidas cautelares propuestas por el Servicio:

- A) A instancia del denunciante: Que durante seis meses Aenor suspenda la aplicación de las Normas relativas a "Mallas electrosoldadas de acero para armaduras de Hormigón armado", "Alambres corrugados de acero para armaduras de hormigón armado" y "Alambres lisos de acero para mallas electrosoldadas y para armaduras básicas para viguetas armadas" en los siguientes aspectos:

- a) La exigencia previa de la certificación Aenor para que se cumplan las condiciones requeridas para la conformidad a las Normas UNE
 - b) La reducción del número de diámetros incluidos en las citadas normas UNE.
- B) De oficio: Que durante el mismo período Aenor no modifique los Anexos Técnicos vigentes al 17.6.1996 de los denominados "Productos de acero para hormigón".

El Tribunal deniega las medidas propuestas porque tras analizar los requisitos que son exigibles para su adopción llega a la conclusión de que no se cumplen los requisitos de accesoriadad y apariencia de buen derecho.

En la Resolución se considera que el principio de accesoriadad no solamente debe tener un alcance procesal (constatar que existe un expediente principal) sino que debe extenderse igualmente a la consideración de si aquello que se dilucida en el expediente principal tiene relación con las medidas cautelares que se proponen. Realizada esta precisión, se llega a la conclusión de que mientras el expediente principal versa acerca de la existencia de barreras de entrada para impedir la certificación de productos procedentes de otros países, las medidas propuestas tienen un alcance diferente.

Por otra parte el requisito del *fumus boni iuris*, que requiere no sólo que exista una apariencia de derecho lo suficientemente fuerte como para adoptar una medida de trascendencia sin necesidad de mayores comprobaciones sino que también debe existir una proporción entre el objetivo que se permite tutelar y el contenido de la medida cautelar. En este supuesto medidas tales como la suspensión de determinadas normas resultan, a juicio del Tribunal, totalmente desproporcionadas.

3.5. Procedimiento. Artículo 38 CE. Mercado relevante. Prestación de fianza. Fumus delicti commissi.

Resolución de 26.5.1997, Expte. MC 21/97, Tabacalera.

En esta Resolución el TDC adoptó las siguientes medidas cautelares: Ordenar a Tabacalera S.A. a suministrar a McLane España S.A. en condiciones no discriminatorias todas las labores de tabaco que produzca de sus propias marcas, durante un período de seis meses.

También acordó interesar al Servicio para que analizara los contratos en virtud de los cuales Tabacalera fabrica labores de otras industrias tabaqueras, a fin de que adopte las decisiones que considere convenientes sobre el suministro de las labores de tabaco fabricadas bajo licencia.

El Tribunal resuelve en primer lugar las cuestiones relativas a las alegaciones previas formuladas por Tabacalera, que se refieren a la falta de concreción de la propuesta del Servicio y la posible infracción del artículo 38 de la Constitución Española. La primera de estas cuestiones se resuelve afirmando que desde el inicio del expediente Tabacalera ha podido conocer que se le imputaba un presunto abuso de posición de dominio. En cuanto respecta a la presunta violación del citado artículo 38, se reitera el criterio mantenido en la Resolución de 29.1.1997 (Ford) en la que se manifiesta que el principio de la libre competencia forma parte del principio de libertad de empresa.

Tratándose de un expediente en el que aparentemente existen indicios de infracción del artículo 6 LDC se delimita el mercado relevante, tanto el de producto (la distribución de tabacos procedente de Estados miembros de la Comunidad o puestos en ellos en régimen de libre práctica) como geográfica (la Península y Baleares por gozar las Islas Canarias de un régimen diferente). Tabacalera goza de posición de monopolio tanto en el mercado de fabricación en el ámbito geográfico señalado (monopolio legal) como una posición de monopolio de hecho en el mercado conexo de la distribución. En consecuencia si ha existido una negativa de venta se ha producido una aparente vulneración de ese precepto que justifica la adopción de medidas cautelares, pues, a juicio del Tribunal concurren la totalidad de los requisitos que vienen siendo exigidos para tal adopción.

A esta Resolución se formularon dos votos particulares. En el primero de ellos, se considera que se debería haber impuesto fianza a McLane.

En el segundo, formulado por dos Vocales, se discrepa de la concurrencia de determinados requisitos para la adopción de las medidas cautelares, tales como el *Fumus delicti commissi*, *periculum in mora* y que la medida supone una extralimitación y existen dificultades para su ejecución.

En este Voto particular se formula el principio que tradicionalmente venía siendo formulado como *fumus boni iuris* como *fumus delicti commissi* que parece más adecuado para un expediente que tiene su origen en un procedimiento sancionador. A juicio de los Vocales discrepantes no existe ese requisito ya que no se puede imponer a Tabacalera, que no tiene ni necesita distribuidores, a aceptar como intermediarios a todos los distribuidores que vayan apareciendo, incluyendo los propios de las grandes marcas que compiten con ella.

3.6. Competencia del TDC. Procedimiento. Medidas que exceden del contenido del expediente principal.

Resolución de 10.12.1997, Expte. MC 22/97, Contenedores Tenerife.

Esta Resolución rechazó la propuesta del SDC de adoptar medidas cautelares consistentes en dirigirse a la Autoridad Portuaria de Tenerife para que haga ejecutiva su Resolución por la que aprobaba el rescate de la concesión del Dique del Este, con el consiguiente desalojo de CAMPSA de dicha terminal, por considerar que la medida propuesta no guarda la debida relación de causalidad con el expediente principal que instruye el Servicio.

Con carácter previo el Tribunal analiza y rechaza los argumentos de la demandada en relación a la incompetencia para analizar las cuestiones debatidas (el Tribunal es el órgano administrativo encargado de aplicar la LDC) y de la imposibilidad de proponer alegaciones ante el Servicio por parte del destinatario de las medidas, pues en este caso ya se ha señalado que las alegaciones sobre la procedencia o improcedencia de las medidas han de ser realizadas ante el Tribunal.

3.7. Ausencia del requisito de periculum in mora.

Resolución de 17.12.1997, Expte. MC 24/97, Ambulancias Gerona.

En esta Resolución se declara que no procede adoptar la medida propuesta de oficio respecto de Cruz Roja Española que consistía en ordenarle que se abstenga de competir con empresas privadas en los concursos para la obtención de los contratos de transporte sanitario programado de las instituciones de salud públicas o privadas, al amparo de las autorizaciones de transporte privado complementarias.

El Tribunal fundamenta la denegación de la propuesta del Servicio en la inexistencia de periculum in mora ya que si bien es cierto que cuando antes se adopte una medida más eficaz será, ese aumento de eficacia no es el que contempla el artículo 45 LDC que habla de asegurar y no de aumentar o adelantar la eficacia de la Resolución final. A este argumento se le añade que la medida afecta indiscriminadamente a la actividad de la Cruz Roja en todo el territorio nacional, mientras que ni su actividad en los mercados en los que opera, ni los convenios suscritos con las distintas administraciones son iguales en los distintos territorios.

4. Expedientes de autorización singular

El artículo 4 LDC faculta al Tribunal para que pueda autorizar singularmente determinadas conductas prohibidas en su artículo 1 cuando se den ciertos supuestos que la misma norma contempla en su artículo 3. Se trata de permitir que las empresas puedan adoptar determinados acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas que, aunque prohibidas de una manera general en el artículo 1 de la Ley, contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico, siempre que se den determinadas circunstancias contempladas en el artículo 3 LDC, en la medida en que se encuentren justificados por la situación económica general y el interés público, estableciendo los correspondientes supuestos.

Durante el año 1997 se ha incrementado el número de expedientes de autorización singular examinados por el Tribunal. Las cuestiones sometidas a la consideración del

Tribunal han sido las siguientes: registros de morosos (36), campañas publicitarias (2), contratos marco (2), registros de información de riesgos y solvencia (1), precios recomendados (1), convenios de producción conjunta (1), sistemas de liquidación de pagos (1) y acuerdos de fidelización (1). Junto a ellos, el Tribunal procedió a la revocación de una autorización, devolvió un expediente al Servicio, aceptó un desistimiento y prorrogó una autorización de un contrato-tipo de distribución selectiva.

4.1. Registros de morosos.

Como ha sido habitual los registros de morosos representan la mayor parte de los expedientes de autorización singular sometidos a la consideración del Tribunal que, pese a su constante incremento, debe resolver individualmente cada solicitud, ante la ausencia de un Reglamento de exención por categoría.

El Tribunal, como pone sistemáticamente de relieve en todas las Resoluciones por las que concede autorización para la creación y funcionamiento de un registro de morosos, señala que tal autorización contempla exclusivamente los efectos que cada registro pueda tener sobre el mercado afectado. El Tribunal carece de competencia para determinar cómo ha de aplicarse lo establecido al respecto en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD) o para establecer si se cumplen las condiciones que el artículo 28 de dicha Ley, y los desarrollos reglamentarios de la misma, imponen a la creación de ficheros de titularidad privada que tengan por objeto la prestación de servicios de información sobre solvencia profesional y crédito.

Reiterar esta apreciación resulta conveniente, ante las cada vez más frecuentes observaciones formuladas por las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y los órganos institucionales en que aquéllas participan sobre posibles infracciones a la LORTAD en los expedientes tramitados ante el Tribunal.

De los expedientes analizados, la mayor parte han sido promovidos por Asociaciones empresariales. Sin embargo se ha producido una novedad significativa pues, en un gran número de ellos, la gestión del registro se encomienda a empresas mercantiles especializadas.

El carácter relevante de esta novedad no viene determinado sólo por su incremento cuantitativo sino, fundamentalmente, por un aspecto cualitativo como es que la gestión de los registros se encomienda a empresas especializadas en la elaboración de información comercial que suelen tener entre sus filiales a empresas dedicadas a la gestión en vía ejecutiva de créditos impagados.

La primera Resolución que abordó globalmente este supuesto es la correspondiente al expediente 42/93 HISPALYT. En dicho expediente la Asociación Empresarial de Fabricantes de Ladrillos y Tejas de Arcilla Cocida (HISPALYT), titular de un registro de morosidad autorizado por el Tribunal, contrataba la gestión del registro con la mercantil Información Técnica del Crédito S.A. (INCRESA), sociedad dedicada principalmente a la realización de informes comerciales, para cuya actividad dispone de base de datos de información comercial. INCRESA, como estrategia comercial dirigida a captar o fidelizar clientes, se dedica a la informatización y gestión gratuitas de los registros de morosidad de Asociaciones empresariales en la idea de que los asociados, a la vez que consultan el registro de morosidad, solicitarán datos de las bases generales de INCRESA y el servicio de recuperación de créditos morosos de su vinculada VIA EJECUTIVA S.A.

A la vista de esta situación se planteaban diversas cuestiones como son: la compatibilidad entre la actividad de realizar informes comerciales y la gestión de registros de morosidad; la compatibilidad del servicio de cobro de morosos con la citada gestión, y la admisibilidad o no de la negociación colectiva de los servicios de información comercial y de recuperación de impagados por parte de una asociación sectorial de empresarios con un proveedor que le ofrece unas condiciones uniformes.

En relación con la primera cuestión tanto HISPALYT como INCRESA manifestaron que con el sistema de gestión informática que proponían quedarían garantizados plenamente el principio de estanqueidad del correspondiente fichero por su total independencia respecto del resto de bases de datos gestionadas por INCRESA, el uso exclusivo por los participantes de HISPALYT, su total confidencialidad, gracias al máximo nivel de seguridad tecnológicamente posible que se ofrece, y la permanente actualización de los datos del Registro de morosidad, con la posibilidad de

realizar inspecciones comprobatorias del funcionamiento, al instalar la gestión del Registro sectorial de morosidad en un ordenador independiente de los ordenadores centrales de INCRESA y con la disposición de acceso inmediato desde un ordenador del SDC, sin previa autorización o aviso.

Dados los controles ofrecidos el Tribunal consideró compatibles ambas actividades.

Sobre la segunda cuestión el Tribunal consideró que con el fin de mantener el objetivo principal de la no cooperación entre competidores en su política comercial frente a los clientes, es fundamental que el cobro de impagados no pueda ser objeto de encargo por las asociaciones sectoriales de empresarios, por lo que no cabe autorizar con dicho fin la cesión de datos del Registro de morosidad de HISPALYT a INCRESA o a VIA EJECUTIVA al no poderse descartar una respuesta colectiva en el proceso de recuperación de impagados ni, adicionalmente, el incumplimiento por esta vía de la confidencialidad y estanqueidad de la información contenida en el mismo. En consecuencia, el Tribunal no aceptó que HISPALYT autorizara a VIA EJECUTIVA para que proceda a exigir los pagos a los deudores por considerar esta actividad incompatible con la gestión del Registro de morosidad. Naturalmente, no obsta a tal conclusión que cada acreedor pueda proceder individual e independientemente a esta reclamación por medio de dicha sociedad o que, como se verá seguidamente, HISPALYT pueda negociar colectivamente al respecto un convenio marco en determinadas condiciones.

En relación con la tercera cuestión la Resolución expresa que entre las diferentes respuestas que caben al respecto -admitir o no la negociación colectiva de dichos servicios y permitir la mencionada negociación en determinadas condiciones para, garantizando lo esencial, no desaprovechar sus ventajas en aras de la eficiencia- en casos como el presente, en el que la negociación colectiva no versa sobre la principal actividad empresarial de los miembros de HISPALYT, sino sobre la contratación de unos servicios determinados, es posible la obtención de ventajas técnicas y económicas, siempre que prevalezca el objetivo fundamental de la no cooperación entre competidores para fijar su política comercial frente al deudor moroso y, en consecuencia, no se opone a la negociación y suscripción de un convenio de tal naturaleza cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) que se trate de

un acuerdo marco, b) que el acuerdo no sea obligatorio ni excluyente para los asociados, y c) que los informes comerciales y el servicio de cobro de impagados sean solicitados y recibidos directa e independientemente por los miembros de HISPALYT que los precisen.

En consecuencia, el Tribunal concedió la autorización singular solicitada siempre que se asumieran determinadas obligaciones tanto en el contrato de gestión informática del registro, como en el propio reglamento de éste.

Por lo que respecta al contrato, la Resolución prevé que INCRESA no podrá utilizar los datos recibidos de los asociados de HISPALYT para la elaboración de informes comerciales, para la recuperación de impagados ni para otros fines distintos de los autorizados. No permitirá el acceso a tales datos a nadie distinto de los socios que estén adheridos al Registro de morosidad sectorial, acceso que sólo podrá tenerse a través del sistema previsto en el Reglamento de régimen interno del Registro. Además, la cesión de la administración y gestión del mismo se hará para los exclusivos fines del contrato, por lo que en el caso de que HISPALYT decida cambiar de operadora para la gestión del Registro o pasar a gestionarlo directamente, quedará obligada a comunicar al Tribunal dichas modificaciones. En estos casos, INCRESA devolverá a HISPALYT la totalidad de los datos y registros del fichero sin retener para sí ninguna información total o parcial contenida en el mismo.

En cuanto al Reglamento de régimen interno del Registro, la Resolución estableció las siguientes obligaciones:

- a) La instalación de la gestión del Registro en un ordenador independiente de los ordenadores centrales de INCRESA que permita tanto su funcionamiento con total independencia como la adecuada inspección del mismo.
- b) La disposición para la conexión de acceso inmediato autónoma y directa desde un ordenador del Servicio con el que mecanice la gestión por INCRESA del fichero-base de datos de HISPALYT para que en cualquier momento el Servicio pueda vigilar el acceso a los servicios de información de morosidad.

- c) La adopción de medidas de seguridad específicas para garantizar la confidencialidad de modo que ningún empleado o colaborador de HISPALYT disponga de acceso al Registro, con excepción de los técnicos en informática y para lo que precise el funcionamiento del Registro, bajo la correspondiente supervisión. A fin de facilitar la vigilancia de su cumplimiento, el Registro de morosidad dispondrá del listado diario de empresas asociadas a HISPALYT que accedan a la información contenida en el mismo que estará a disposición del Servicio de Defensa de la Competencia como mínimo durante seis meses.

- d) Para mejorar al máximo la confidencialidad del Registro en los términos antes indicados, se establecerá un único sistema de remisión de datos y de consulta, directo de ordenador a ordenador, sin cruce de documentación escrita alguna ni de manipulación de los datos en HISPALYT por sus auxiliares o empleados y protegiendo el acceso al sistema mediante códigos de acceso o consignas de paso secretas que sólo se facilitarán a las empresas y personas con derecho a consultar el Registro. La fiabilidad de dicho sistema de seguridad estará siempre a disposición del Servicio para inspecciones o comprobaciones rutinarias o aleatorias mientras exista el Registro.

Concedida la autorización son cada vez más numerosos los expedientes que reproducen el sistema de gestión analizado, dándose la circunstancia de que otras sociedades distintas de INCRESA y dedicadas también a la información comercial, como INFORMACIÓN DEL CRÉDITO S.A. (INFORMA), han solicitado y obtenido las oportunas autorizaciones singulares del Tribunal. De este modo, la presencia de nuevos operadores en esta modalidad de gestión de registros de morosidad incrementará la competencia en dicho mercado.

Sin perjuicio de las novedades expuestas, el Tribunal sigue manteniendo su doctrina sobre el fundamento de las autorizaciones singulares de registros de morosos que, como sintetizaba la Memoria de 1996, puede resumirse del modo siguiente: el establecimiento de un registro de morosos sectorial constituye una forma de concierto entre empresarios con clientes comunes para transmitirse información sobre ellos que, en cuanto pueda servir para establecer una estrategia comercial común, se incluye entre las prácticas prohibidas en el artículo 1 LDC, y sólo podrá hacerse con la autorización del

Tribunal. Es también criterio del Tribunal que los registros de morosos contribuyen a mejorar el tráfico mercantil, saneándolo y clarificándolo, y permiten a los consumidores participar de sus ventajas, por lo que se considera que cumplen los requisitos que el citado artículo 3 LDC impone para las autorizaciones singulares. Por otra parte, el Tribunal considera que las circunstancias que atribuyen al establecimiento de un registro de morosos la condición de práctica prohibida, pero autorizable, no tienen por qué darse en la creación de estos registros cuando no suponga acuerdo entre competidores o el ámbito del registro supere al sectorial en cuyo caso la presunción de clientes comunes no sería razonable. En estos supuestos el Tribunal entiende que no hay materia para proceder a la autorización. Sí la hay, sin embargo, cuando se trata de establecer un registro de ámbito sectorial.

Partiendo de esta doctrina el Tribunal ha formulado observaciones concretas en los expedientes sometidos a su autorización, las cuales han sido aceptadas por los solicitantes. Entre ellas cabe citar las aclaraciones relativas a que las empresas deciden libremente su adhesión al Registro, pero una vez tomada tal decisión debe asumir los derechos y obligaciones contemplados en su reglamento; a que la información debe limitarse a los datos sobre morosidad, sin que tenga sentido mantener la identificación del deudor en el registro, una vez que ha satisfecho el importe de la deuda; a que debe garantizarse la no comunicación de la información a entidades distintas de la solicitante; y, a que debe quedar expresamente garantizada la libertad para fijar la política comercial de los adheridos, excluyendo las respuestas colectivas frente a los morosos.

Ante las diversas calificaciones de qué debe entenderse por moroso en las solicitudes presentadas, el Tribunal ha considerado conveniente aclarar tal concepto, manifestando en diversas Resoluciones (vid por todas la Resolución de 23.10.1997, Expte. A 227/97, AFONVI) que el reglamento del registro no puede modificar la calificación de moroso contradiciendo la prevista en el ordenamiento jurídico vigente. Sin embargo, partiendo del concepto legal de moroso es posible que, a los efectos del funcionamiento del registro, añada requisitos adicionales que acoten aquel concepto.

El Tribunal considera que ésta es la única interpretación posible de la norma del reglamento presentado relativa al concepto de moroso y que, en consecuencia, sólo existe la situación de morosidad cuando, cumplidos los

requisitos legales, concurren los requisitos adicionales previstos en aquél. En tales términos se autoriza el presente reglamento imponiéndose a los solicitantes la obligación de respetar estrictamente esta interpretación, cuyo incumplimiento, al igual que el del resto de las previsiones de aquél y del contrato aportados, podrán dar lugar a la revocación de la autorización.

Por último, el Tribunal ha ratificado y aclarado supuestos en los que no es necesaria la autorización singular.

El Tribunal ha reiterado en diversas Resoluciones (Exptes. A 202/97, Morosos Eurofono; A 203/97, Incidencias de pago Sakscaución; A 213/97, Morosos FERCA) su criterio de que, cuando un registro de morosos carece de carácter sectorial, no puede incluirse dentro de las prácticas prohibidas por el artículo 1 LDC.

En este sentido resulta revelador lo manifestado en la Resolución de 5.2.1997 (Morosos Eurofono) al señalar que la razón por la que los registros de morosos precisan de la autorización del Tribunal radica en el hecho de que el intercambio de información de aquello que normalmente constituye un secreto de empresa entre empresarios competidores supone una forma de cooperación que puede infringir el artículo 1 LDC. Por ello, si se quiere poner en funcionamiento un registro de tales características y si concurren los requisitos establecidos en el artículo 3 de la misma Ley, se precisa de la obtención de la correspondiente autorización mediante la tramitación del oportuno expediente ante los órganos de defensa de la competencia.

Ahora bien, esta doctrina conduce, en sentido contrario, a afirmar que cuando la creación del registro no se realice para el uso exclusivo de empresarios de un mismo sector, o bien el registro carezca de vocación sectorial, la autorización de dichos órganos no sea precisa. Tal es así porque, en el supuesto de un registro no sectorial al que pueden acceder empresas de diversos sectores, se dificulta la posibilidad de cooperación entre competidores que pueda constituir una conducta prohibida por el artículo 1 LDC.

Por el contrario, aunque el solicitante sea una empresa independiente, si sus accionistas son empresas pertenecientes a un mismo sector y competidoras

entre sí, será necesaria la autorización del Tribunal, Resolución de 2.4.1997 (Expte. A 194/96, Morosos Información Bancaria 2).

El Tribunal ha considerado que tampoco necesita autorización la incorporación al registro de morosos de datos objetivos sobre impagos extraídos de fuentes oficiales, si concurren determinados requisitos. En este sentido la Resolución de 28.2.1997 (Expte. A 200/96, Morosos AFIDAC) señala que "el Tribunal considera: a) Que difundir datos objetivos extraídos de fuentes oficiales sin una posterior calificación o elaboración, sea quien sea el operador que la realice, es una práctica lícita desde la óptica de la defensa de la competencia y, en consecuencia, no precisa autorización. b) Que, sin embargo, no pueden calificarse de datos objetivos los suministrados, como informes comerciales sobre un deudor, por empresas especializadas en esta actividad. Dichos datos no deben ser objeto de difusión por las asociaciones o agrupaciones de empresarios, ni pueden ser incorporados a los registros de morosos. c) Que, en todo caso, si una asociación empresarial, que posee un registro de morosos autorizado, desea difundir información objetiva extraída de fuentes oficiales, podrá hacerlo siempre que no mezcle dichos datos con los procedentes de la información sobre morosidad de los clientes que hayan sido facilitados por los asociados adheridos al registro. Esto es, que deberán mantenerse bases de datos separadas para cada uno de esos datos y no transmitir conjuntamente la información sobre morosidad o insolvencia procedente de los asociados y la procedente de las fuentes oficiales objetivas.

4.2. Campañas publicitarias.

Durante el año 1997 se han presentado tres solicitudes de autorización de campañas publicitarias dos de las cuales iban asociadas a la publicación de precios recomendados.

La primera de ellas tenía por objeto la realización de una campaña corporativa para el alquiler de películas de video. El Tribunal utilizó como criterios interpretativos los recogidos en la Comunicación de la Comisión Europea relativa a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativos a la cooperación entre empresas. De acuerdo con lo previsto en el número 7 de la Comunicación consideró que no constituía una práctica prohibida por el artículo 1 LDC ya que no existe restricción de la competencia en la realización

de publicidad en común dirigida a concentrar la atención de los compradores sobre determinados productos de una rama o sobre una marca común, siempre que no impongan restricciones tales como prohibir a las empresas participantes la realización de su propia publicidad. (Resolución de 16.9.1997, Expte. A 222/97).

Por el contrario, en relación con la publicación de precios recomendados solicitada por la Asociación Española de Recuperadores de Papel y Cartón, el Tribunal consideró que no era autorizable manifestando en la Resolución de 7.10.1997 (Expte. A 217/97) que "cualquier tipo de concertación sobre los precios, sea por la vía del acuerdo, de la decisión o de la recomendación colectiva, supone una de las conductas más graves de las sancionadas por la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que resulta extraordinariamente difícil que se pueda autorizar un acuerdo que conduzca a la unificación de precios en el mercado, autorización que solamente podría ser previsible en supuestos excepcionalísimos tales como, por ejemplo, la constitución de un cártel de crisis. Pero en todo caso ha de estar presente siempre el principio básico de que la competencia por medio de los precios no puede ser eliminada".

Adicionalmente, el Tribunal analizó las ventajas alegadas por la solicitante señalando que, "frente a estos efectos tan negativos, es necesario analizar los efectos positivos que pueden deducirse del acuerdo, efectos que según la solicitante se centran en el aumento de la compra de cartón y papel nacional para ser reciclado con la consiguiente disminución de la importación.

No cabe duda de que la promoción de la producción y consumo de papel y cartón reciclado constituye un objetivo digno de protección por cuanto que es una medida que contribuye a la conservación del medio ambiente, y que también la reducción de las importaciones puede tener efectos favorables para la economía española. Pero, sin necesidad de entrar a considerar si tales objetivos sirven para contrarrestar los obvios efectos negativos de un acuerdo de precios, lo cual sería difícilmente admisible, es necesario aclarar que no se acierta a comprender cómo la publicación de los precios va a producir tales efectos, tal y como asegura la Asociación solicitante, ya que la promoción de las compras puede realizarse por otros medios y, antes al contrario, no se

acierta a comprender cómo la publicación de unos precios puede coadyuvar a ese objetivo".

En cuanto a la publicación de boletines de precios la última de las Resoluciones citadas reitera la doctrina del Tribunal de que constituye una conducta lícita y no precisa autorización, cuando es el resultado meramente estadístico de las transacciones habidas durante un determinado período de tiempo, pero, cuando no es así, supone una forma de concertación de precios con profundas consecuencias restrictivas de la competencia y, por lo tanto, no resulta autorizable.

4.3. Convenios de producción conjunta.

Carbueros Metálicos, que desde hace varios años mantiene en España cooperativas de producción de gases industriales, a través de diferentes sociedades, con las compañías Praxair y Liquide Carbonic, S.A., llegó a un acuerdo, para el que ahora solicitó autorización, con las entidades Praxair y Air Liquide, para participar en la cooperativa de producción que estas dos últimas empresas mantienen en Luchana (Baracaldo), para la separación de aire y licuefacción de sus gases. Con este objeto, las tres sociedades intervinientes en el Convenio habían constituido una nueva sociedad llamada Oxinorte Operaciones, S.A., al efecto de llevar a cabo la operativa industrial.

El solicitante, alegó que los beneficios a tener en cuenta para calificar la solicitud residen fundamentalmente en la mejora en la eficiencia energética, debida al cierre por parte de Carbueros Metálicos de una planta obsoleta e ineficiente en el municipio de Arrigorriaga y en el aprovechamiento de las economías de escala en la planta objeto del Convenio cuya capacidad de producción es ocho veces superior a la de la planta que se cierra, lo cual minimiza los costes de producción.

Tales ventajas, que afectan al proceso de producción, no suponen una restricción a la competencia en la comercialización de los productos, al ser ésta desarrollada de una manera total y absolutamente independiente por parte de los tres copropietarios.

El sector económico afectado por el acuerdo es el de la fabricación y distribución de los gases industriales contenidos en el aire, oxígeno, nitrógeno y argón, que son fabricados y comercializados por las tres empresas industriales intervinientes en este convenio.

La producción y distribución de gases industriales es intensiva en energía y requiere una tecnología de producción muy especializada. La creación de una planta eficiente exige inversiones muy cuantiosas y la minimización de costes se obtiene mediante el aumento del tamaño de la planta y la reducción del coste energético, con aprovechamiento de las horas valle.

El Tribunal concedió la autorización estimando que si bien el mercado nacional de gases industriales procedentes del aire está altamente concentrado, en el presente caso la cooperación en la producción no modifica sustancialmente dicha estructura ni va a suponer una nueva barrera de entrada a otros productores y, sin embargo, significa una mejora en la eficiencia energética del proceso de producción.

4.4. Servicios de información de riesgo y solvencia.

La Memoria de 1996 ya hizo referencia expresa al criterio contrario del Tribunal acerca de la creación de un fichero en el que se recogían datos de carácter positivo relacionados con el cumplimiento o incumplimiento por parte de personas físicas y jurídicas de sus obligaciones financieras y crediticias en relación con un elevado número de servicios (Resoluciones de 3.6.1996 y 18.6.1996, Exptes. A 164/96, Servicio Trip-Asnef).

En 1997 se ha presentado una nueva solicitud de autorización en esta materia que presenta alguna novedad sobre las cuestiones consideradas en dichas Resoluciones.

En primer lugar, la nueva solicitud limita aquello que denomina "Tipo de productos" objeto de notificación al fichero, a los relativos a la financiación, leasing, factoring, crédito hipotecario, préstamos, pólizas de crédito, descuento comercial, avales y garantías, omitiendo en relación al anterior expediente algunos otros productos que habían merecido comentarios en la Resolución de 3.6.1996, tales como la facturación por seguros, telefonía móvil,

comunicaciones, consumo de energía o tarjetas de crédito, si bien algunos de estos extremos podrían considerarse comprendidos en el genérico concepto de "financiación".

En segundo término, se incluye una novedad consistente en introducir una cláusula de consentimiento del interesado para poder aportar y solicitar información.

Finalmente, durante la tramitación del expediente se introdujo una modificación de la solicitud inicial consistente en abrir la posibilidad de que los usuarios de la información sean no sólo las entidades de crédito y financiación, sino que la información pueda estar abierta a cualquier persona jurídica.

En relación con la primera de estas novedades, la Resolución de 7.7.1997 (Expte. A 209/97, Fichero Asnef-Sic) manifiesta que desde el análisis de la defensa de la competencia el hecho de que el registro se extienda a más o menos productos no resulta determinante, porque el elemento esencial a tales efectos lo constituye la puesta en común de información de competidores dedicados al sector del crédito y la financiación y ello no varía de una versión a otra, sobre todo si se tiene en cuenta que los datos que se intercambian constituyen el núcleo más importante de la información.

Sobre la segunda añade la Resolución que tampoco supone una modificación que haga variar la calificación, desde la óptica de la defensa de la competencia, el hecho de que se exija a los interesados su autorización, cuestión ésta que resulta intrascendente y que, en todo caso, podría suponer un acuerdo prohibido en tanto en cuanto las entidades de financiación actuarán de forma concertada proponiendo a sus clientes la firma de un documento acordado de igual contenido a la hora de concederles cualquier tipo de crédito o financiación para poder operar posteriormente de forma conjunta con dicha información. En todo caso, la existencia de esta cláusula no altera la calificación que desde la óptica de la competencia merece el Registro.

Acerca de la tercera cuestión la citada Resolución señala que con la modificación introducida durante la tramitación del expediente parece que el solicitante ha querido aplicar a la solicitud la doctrina de este Tribunal según la cual los registros de morosos que suponen el intercambio de información entre

empresarios que no se encuentran en relación de competencia entre sí no precisan de la autorización a que se refiere el artículo 4 LDC.

Considera el Tribunal que esa doctrina no es aplicable a este supuesto, en primer lugar porque la cantidad y calidad de información que se intercambia en un Registro de morosos es considerablemente inferior a la que pretenden intercambiar los promotores del Registro Asnef-Sic. En efecto, no se está ante un Registro de morosos, sino ante un Registro que pretende poner al alcance de las entidades de financiación y otros la totalidad de los datos referidos a los créditos obtenidos por el conjunto de los ciudadanos. En este caso no se pretende la autorización de un Registro de morosos, sino que se trata de crear una central de riesgos, de titularidad privada, que permite poner en conocimiento de las entidades de crédito una información total sobre el peticionario del crédito, lo cual facilitará la respuesta homogénea de los competidores frente al cliente.

Los Registros de morosos sobre los que el Tribunal ha manifestado que no precisan de autorización son aquellos en los que la información se obtenía de registros o archivos públicos, o bien se trataba de información facilitada por empresarios que no se encontraban en relación de competencia por no suministrar bienes o servicios equivalentes. En este expediente, en el que son empresas competidoras entre sí las que facilitan los datos a los que ellas pueden acceder, tanto los competidores como los que no lo son, pero esta última circunstancia no varía el contenido esencial del Registro ni su carácter de intercambio de información entre competidores. El hecho que estos terceros accedan a los datos del Registro -circunstancia que en todo caso resulta hipotética- no oculta que lo fundamental del Registro Asnef-Sic lo constituye el intercambio de información entre entidades de crédito, que son las únicas que aportarán los datos y que constituirán el núcleo fundamental de entre los usuarios.

4.5. Creación y funcionamiento de un sistema de liquidación de pagos.

La Asociación Profesional de empresas de alquiler de vehículos (APEAV) presentó una solicitud de autorización ad cautelam para la puesta en funcionamiento de un sistema de liquidación de pagos, aunque consideraba

que aquélla no era necesaria por no suponer restricciones de la competencia del artículo 1 LDC.

APEAV es una Asociación profesional constituida por los alquiladores de vehículos Hertz, Avis, Europcar y Atesa que pretende implantar un sistema de liquidación y cobro gestionado por un Banco que recibirá de cada una de las empresas integradas en APEAV las liquidaciones que acumulen la facturación mensual de cada una de las empresas alquiladoras hacia las agencias de viajes, cuyas facturas se resumen en una liquidación mensual detallada que reflejará un importe bruto, un importe de comisión para la agencia y un importe resultante de la diferencia entre las anteriores.

La entidad gestora es la que emite por cuenta de las agencias de viajes la factura de comisión incrementada con el correspondiente IVA.

Las liquidaciones de todos los integrantes de APEAV se produce en una fecha fija, la misma, para todos ellos.

Se incluye como complemento la constitución de un registro de morosos en el seno de APEAV presumiéndose la adhesión al mismo de todos sus miembros, y configurándose con los datos que como resultado del cobro proporciona el Banco gestor.

Las exigencias para pertenecer a APEAV y beneficiarse del sistema de liquidación de pagos y registro de morosos, consisten en tener una flota de mil unidades al menos anualmente, disponer de más de 10 delegaciones y una plantilla de 100 trabajadores fijos. Estas condiciones sólo las cumplen 5 empresas de las que cuatro son las integradas en APEAV.

A juicio del Tribunal, la práctica para la que se solicita autorización precisa de la misma, toda vez que el sistema de pagos de APEAV supone un acuerdo entre sus miembros para que los pagos se realicen por las agencias de viaje de forma uniforme en una fecha determinada contada a partir de una fecha también concreta.

Entiende el Tribunal que no resulta de aplicación en este caso la doctrina de la Comisión de las Comunidades Europeas contenida en su Comunicación sobre acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativas a la cooperación entre

empresas. Aquella se refiere a la cooperación entre empresas en materia de contabilidad, garantía en común del crédito y oficinas comunes de cobro, en donde los ámbitos de cooperación no afectan a la oferta de productos y servicios ni a las decisiones económicas de las empresas interesadas y, por tanto, la cooperación puede considerarse neutra desde el punto de vista de la competencia. Pero, en el caso presente, el "sistema de pagos" presupone decisiones comunes en cuanto al establecimiento de unas fechas únicas, rígidas y comunes en los pagos a realizar por las agencias de viaje a las empresas alquiladoras miembros de APEAV, que limitan los libres pactos al respecto entre agencias de viaje y alquiladores. Además, excluye a las agencias de viajes que no se adhieran al sistema de pagos de la posibilidad de utilizar "bonos de crédito" y tener que limitar sus relaciones con los miembros de APEAV al "bono de presentación" con lo que la pretendida libertad de adhesión al sistema no existe imponiéndose a las agencias que no se adhieran la pérdida de la relación directa con sus clientes.

Afirmada la necesidad de autorización el Tribunal analizó las argumentaciones favorables a la misma presentadas por APEAV.

A juicio de APEAV, el "sistema de pagos" que pretende implantar produciría eficiencias para las empresas alquiladoras que podrán ver reducidos sus costes administrativos en el tratamiento de las liquidaciones. Ello supone una importante inversión en el diseño e implantación del sistema informatizado, que no se cuantifica, que asume en su totalidad aquella y que determina que para que sea rentable se implante por las cuatro empresas integradas en APEAV y no pueda operarse por cada una por separado. También afirma que esa reducción en los costes, que tampoco se cuantifica, se traslada a los consumidores, sin precisarse en qué medida éstos resultarán beneficiados.

Igualmente se afirma que "el sistema de pagos" producirá eficiencias para las agencias de viaje sin que éstas tengan que realizar desembolso alguno, ya que el total coste es asumido por APEAV.

Otra de las eficiencias del "sistema de pagos" señalado por APEAV, y que trascendería a las agencias de viajes, es que la liquidación de las comisiones devengadas por éstas y que deben facturarse por las mismas con el correspondiente IVA, se emitirá ahora por cuenta de aquéllas y se les remitirá

por el Banco gestor, evitando así a las agencias de viajes este trámite administrativo.

El Tribunal analizó las argumentaciones de APEAV, llegando a la conclusión de que la solicitud no era susceptible de autorización. Según el Tribunal las facturas por cada operación tienen que seguir emitiéndose por cada alquiladora y comprobarse por la agencia de viajes. Los listados, resúmenes mensuales, también han de comprobarse por éstas, suponiendo en principio una comprobación más pues han de coincidir o contener todas y las facturas correspondientes a un período de liquidación, ya que sobre la base a dichos listados se va a establecer el saldo a pagar. Estas operaciones han de realizarse manualmente por aquellas agencias de viaje que no están informatizadas, resultando que al parecer no lo están la mayoría. Pero, además, en el supuesto de que cuenten con soportes informáticos, deberán desarrollar el software correspondiente para poder llevar a cabo el cruce de datos, a fin de reducir los costes de administración, costes éstos que no asume APEAV ya que se limita al envío de los listados en soporte informático o en listados de papel. De otro lado, el sistema no elimina ni simplifica la comprobación de la facturación y liquidación que la agencia de viajes debe practicar con su cliente, usuario del servicio de alquiler del coche.

A pesar de la proclamación que en su solicitud hace APEAV respecto de que el "sistema de pagos" no conlleva obligación por parte de las agencias de viajes de su adscripción al mismo, conservando su capacidad de decisión para continuar con el anterior sistema de liquidaciones, ello no resulta ser cierto. Para la prestación de los servicios de alquiler de vehículos sin conductor, las empresas integradas en APEAV vienen facilitando a las agencias de viaje los denominados "bonos full credit", "bonos valorados" y "bonos de presentación". Los dos primeros conllevan la concesión de un crédito de las agencias de viaje y éstas mantienen sus relaciones comerciales con sus clientes -usuarios finales-. El "bono de presentación", por el contrario, además de no comportar en ningún caso la concesión de crédito, hace perder a las agencias de viaje la relación con su cliente quien contrata en definitiva con las empresas alquiladoras y a éstas liquida el importe de los servicios.

En consecuencia, los alquiladores miembros de APEAV van a imponer condiciones homogéneas a las empresas de viaje que no se adhieran al nuevo "sistema de pagos", así como el veto común a acceder a través de los "bonos

full credit" y "valorado" al crédito que éstos proporcionan y la pérdida de las relaciones comerciales con sus clientes que se traspasan a los propios alquiladores a través del "bono de presentación". Ello comporta infracción de las condiciones que establecen los apartados a) y b) del artículo 3 LDC con lo que el sistema de pagos no resulta autorizable.

Por otro parte, al estar íntimamente conectado el registro de morosos que se pretende establecer con el "sistema de pagos", ya que nace a partir de éste, el Tribunal estimó que no podía ser autorizado.

5. Recursos ante el Tribunal contra las decisiones del Servicio

En el año 1997, el Tribunal resolvió 77 recursos contra Acuerdos del Servicio. Los actos del Servicio recurridos son mayoritariamente acuerdos de archivo de denuncias (36). Le siguen en importancia los recursos contra acuerdos varios (23), contra acuerdos de sobreseimiento de expedientes (13), y, por último, cinco inadmisión de denuncias.

De los 77 recursos se desestimaron 51 y se estimaron totalmente 9, mientras que 7 fueron estimados parcialmente, 3 fueron declarados extemporáneos, 1 careció de motivación, hubo un desistimiento, y, por último, 1 expediente fue archivado por satisfacción extraprocesal.

A continuación se resume el contenido de algunas Resoluciones. La inclusión se ha hecho atendiendo a la cuestión principal que se plantea en cada caso.

5.1. Recursos contra acuerdos de archivo de actuaciones:

5.1.1. Discriminación de precios y precios predatorios.

Resolución de 16.1.1997, Expte. r 173/96, Instit. Catalán Inspec. y Control.

El Servicio archivó una denuncia presentada por la Asociación de Entidades de Inspección y Control Reglamentario (AENICRE) contra el Instituto Catalán de Inspección y Control Técnico, S.A. y la Entidad Colaboradora de la

Administración, S.A. por aplicación, para los servicios de inspección y control técnico, de tarifas muy inferiores, si se realizaban fuera de Cataluña, a las fijadas por la Administración de Cataluña.

El caso se archivó porque se constató que las denunciadas no venían aplicando en el resto del territorio nacional precios sensiblemente inferiores a los que aplicaban y percibían el resto de sus competidoras; y porque, en los casos en que aquéllos eran inferiores, no estaban situados por debajo de los costes del servicio. No se ha conseguido demostrar ante el TDC los hechos que son la base de la denuncia.

En consecuencia, se confirmó el archivo y se desestimó el recurso interpuesto.

5.1.2. Conducta desleal y concepto de empresa.

Resolución de 29.1.1997, Expte. r 179/96, Cruz Roja Española.

Contra el Acuerdo del SDC se interpuso recurso por parte de Servicio de Asistencia Sanitaria Urgente, S.L. (Ambulancias S.A.S.) considerando que no se especificaban claramente qué tipo de aportaciones y servicios podía recibir la Cruz Roja Española (CRE), siendo así, además, que sus actividades podían ser configuradas como una infracción del artículo 7 LDC de la demandante.

En la denuncia y el recurso se imputaban a la CRE prestar todo tipo de servicios de traslados de enfermos, incluso los de carácter no urgente destinados a privados, en el mercado de ambulancias de la provincia de Salamanca, ofreciendo unos precios más bajos que sus posibles competidores, como la recurrente, gracias a disponer de aportaciones o subvenciones públicas y privadas.

La conducta imputada era, por tanto, desleal pero no cumplía los requisitos del artículo 7 LDC.

Como cuestión previa había que determinar la posición subjetiva de la denunciada. A este respecto la CRE es una empresa, aunque se dedique a fines humanitarios, a los efectos de la LDC. El concepto de empresa es muy

amplio y se refiere a todos los operadores que intervienen en los intercambios económicos, aunque sea a título gratuito, según ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas lo que, sensu contrario, sólo excluye de este concepto a entidades cuya actividad constituye puramente ejercicio del poder público sin influencia en dichos intercambios.

El recurso se desestimó porque, para que una conducta desleal sea enjuiciada por el TDC, es necesario, según el artículo 7 LDC, que los actos, aunque sean desleales desde la óptica del derecho privado, deben estar dirigidos a eliminar una parte de la competencia afectando al interés público, lo que en este caso no ocurría.

5.1.3. Carta de conformidad comunitaria sobre acuerdo autorizable.

Resolución de 30.1.1997, Expte. r 188/96, UNESPA.

El objeto de este procedimiento era decidir sobre una denuncia formulada por prácticas prohibidas por el artículo 1 LDC contra UNESPA por un acuerdo entre aseguradoras llamado ASCIDE. Según el mismo, los daños asegurados por dos compañías adheridas son tasados por la compañía del asegurado, lo que perjudicaba al usuario. Se archivó la denuncia y se rechazó proponer al TDC la medida cautelar solicitada.

El Servicio archivó la denuncia porque el acuerdo ASCIDE resultaba ser un Convenio de libre adhesión suscrito entre aseguradoras del automóvil para acelerar el pago a sus asegurados de los daños materiales ocasionados por colisión entre dos vehículos asegurados por entidades adscritas al mismo, cuando no hubiese declaración amistosa. Por otra parte, la Comisión Europea confirmaba a UNESPA el contenido del acuerdo ASCIDE como autorizable por cumplir las condiciones establecidas en el artículo 85.3 del Tratado de la Unión Europea, ofreciéndole carta administrativa.

El TDC desestimó el recurso calificando como ajustado a derecho el Acuerdo de archivo al no apreciar la existencia de indicios racionales de prácticas sancionables.

Razona, sin embargo, sobre los motivos de los alegantes diciendo que la genérica invocación que hace a la doctrina del Tribunal en casos análogos no era aplicable. Tampoco existía desigualdad ante la Ley. En tercer lugar, las cuestiones litigiosas bilaterales entre una compañía aseguradora y su cliente no han de tener cauce administrativo ante los órganos de defensa de la competencia, sino ante la jurisdicción civil ordinaria.

5.1.4. Impugnación de actos administrativos: inadmisibilidad. Análisis del mercado.

Resolución de 19.2.1997, Expte. r 186/96, Servicio Navarro de Salud.

La denuncia formulada por Nuevo Tanatorio San Alberto se apoyaba en la adjudicación por el Servicio Navarro de Salud Osasunbidea, mediante concurso público, a una empresa privada de los Servicios de Tanatorio y Funeraria del Hospital de Navarra.

La denuncia se refería a las normas de funcionamiento de entrada, salida, traslado de cadáveres y mantenimiento de las instalaciones. También estas normas constituían actos administrativos, por lo que el proceso impugnatorio debía seguir análogo iter. Pero aunque el TDC no fuera competente para la revisión de actos administrativos, sí lo era para determinar si una práctica es restrictiva de la competencia, y si ésta puede ser calificada como un acuerdo del artículo 1 LDC.

El TDC desestimó el recurso. Para poder enjuiciar el caso había que tener en cuenta el carácter del Servicio Navarro de Salud como Organismo Autónomo de carácter administrativo dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, actuando el Director como órgano de contratación. En el ejercicio de sus funciones se dictaron los actos relativos a la convocatoria del concurso público y su adjudicación. Tales actos no podían ser enjuiciados por el TDC, sino por el Gobierno de Navarra ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el caso de que se trate de órganos de las Administraciones Públicas aunque puedan ser sujetos operadores en el mercado (Resolución de 30.4.1996. Expte. r 148/96, TRAGSA) podrían quedar exceptuados según el

artículo 2 LDC. Pero en el presente expediente la calificación era negativa sobre la existencia de prácticas prohibidas. Y lo era porque no había acuerdo entre operadores económicos, ni una decisión anticompetitiva por parte del Hospital de Navarra. Tampoco se acreditó la existencia o el abuso de posición de dominio,

Por el contrario, resultaba que el mercado de servicio funerarios, que sería el relevante como mercado de producto, ni aún acotándolo geográficamente a los servicios prestados a los fallecidos en los centros objeto de la adjudicación, podría asegurarse una posición de dominio. Y esto se manifiesta en los porcentajes obtenidos: el 39%, el 33% y el 20% entre los años 1992 y 1994. El TDC utilizó una prueba estadística aportada por la demandante considerándola válida per se y porque, además, argumentó que no había prueba ni siquiera indiciaria de que en el año 1995 se hubiera modificado la situación preexistente.

5.1.5. Aceptación de prueba.

Resolución de 7.3.1997, Expte. r 191/96, Autoescuelas de Tenerife.

En este caso se estima el recurso contra el Acuerdo del SDC y se interesa del mismo la apertura del correspondiente expediente contra las autoescuelas denunciadas. El TDC acepta como prueba la presentada por la denunciante en relación con un posible acuerdo de tarifas y no los datos de la denunciada del que se derivaba que no había tal acuerdo.

5.1.6. Acuerdo de boicot no probado.

Resolución de 7.4.1997, Expte. r 196/97 ASEISA.

ASEISA denunció la existencia de un acuerdo entre los almacenistas de material eléctrico de Sevilla para presionar a los fabricantes que les suministraban con la amenaza de no comprarles si seguían vendiendo a ASEISA, a la que acusaban de ser una central de compras de instaladores, antiguos clientes de los almacenistas, que por este medio dejaban de comprarles.

El hecho básico denunciado era, pues, el acuerdo de boicot de los almacenistas. Al no tener la empresa una posición de dominio en el mercado de los productos que vendía a ASEISA, la variación unilateral -no inducida o acordada- de sus condiciones de venta, o la misma negativa de ésta, podrían tener efectos civiles, a discutir ante los Tribunales de este orden, pero no ser objeto de reproche ante el TDC. A la vista de la denuncia, del recurso y de las insuficientes pruebas existentes, el Tribunal entendió que no estaban probados aquellos hechos alegados por ASEISA que, de ser ciertos, hubieran constituido una infracción de la LDC, desestimando el recurso y confirmando el archivo decretado por el Servicio.

5.1.7. Competencia desleal y abuso de posición dominante.

Resolución de 14.5.1997, Expte. r 180/96, Hidroeléctrica del Ampurdán.

Se denuncia a Hidroeléctrica del Ampurdán S.A. por abuso de posición de dominio. Los hechos denunciados consistían en una campaña comercial dentro del marco de la política de promoción del consumo de energía eléctrica y de adaptación de las instalaciones obsoletas al reglamento de baja tensión, auspiciado por la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 20.1.1995, por el que se establece un programa de incentivación de la gestión de la demanda de energía eléctrica. La base de la campaña comercial era mejorar las instalaciones eléctricas del cliente (acometida y/o aparatos de seguridad y control), sin coste alguno para el mismo, con el objeto de optimizar la eficiencia energética y la reducción de pérdidas en la distribución de energía eléctrica.

En virtud de esta campaña, Hidroeléctrica del Ampurdán, S.A. obtuvo 18 nuevos abonados procedentes de Eléctrica Curós, S.A. Y entre estos nuevos se sortearon pequeños electrodomésticos.

Analizada la cuota de mercado se argumentó por el SDC que no había posición dominante, pero sí una relación de dependencia de suministro entre ambas empresas. La posición de dominio era clara, lo que llevó al TDC a estimar el recurso y ordenar que el Servicio abriera expediente por infracción de los artículos 6 y 7 de la LDC para investigar en el ámbito de Cataluña si las

compañías productoras de electricidad están realizando prácticas prohibidas para expulsar del mercado a las competidoras.

5.1.8. Convenios de corredores y privilegios de colegios profesionales. No pronunciamiento en cuestiones laborales.

Resolución de 16.5.1997, Expte. r 199/97, Corredores de comercio 3.

En este caso, se denunció al Colegio de Corredores de Comercio de Barcelona y al Consejo General de los Corredores de Comercio por prácticas contrarias al artículo 1 LDC al condicionar la contratación de determinados empleados de los Corredores al visto bueno de la Junta Sindical y por haber aprobado un Convenio sobre Tributación de Corretajes.

Los denunciantes perseguían que se respetase el derecho a la estabilidad laboral que al parecer tenían de sustitución en caso de jubilación o fallecimiento del Agente de Cambio y Bolsa para el cual trabajaban y que en virtud de la Ley 24/1989 del Mercado de Valores se habían convertido en Corredores de Comercio. Los trabajadores no consiguen integrarse en ningún despacho de Corredor producida la vacante del titular.

Se razona por el TDC que la contratación de personal al servicio del Corredor en un régimen de competencia, respecto de la atracción de la clientela, no depende de los empleados directamente, sino que sólo en un régimen de no competencia o de competencia imperfecta cabría pensar en el valor añadido de estos trabajadores. Respecto de los Convenios suscritos por los Corredores de una misma plaza tienen amparo legal en el Reglamento de Corredores de Comercio, aprobado por Decreto de 27.5.1959, modificado por Real Decreto 2900/1981, de 13 de noviembre, cuyo artículo 46 establece que los Corredores adscritos a una misma plaza mercantil, por acuerdo de todos ellos, podrán establecer Convenios destinados a distribuir los corretajes devengados en la forma y términos en que se pacte. Estos Convenios deben ser aprobados por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio que da cuenta a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera siendo recurribles ante la Dirección General.

En consecuencia, el TDC desestimó el recurso por tratarse de conductas que tienen amparo legal (artículo 2.1 LDC), y que las materias propias del Derecho laboral, al tratarse de trabajadores dependientes, no pueden ser objeto de las decisiones del TDC.

5.1.9. Distribución de prensa y condiciones no equitativas o abusivas.

Resolución de 21.5.1997, Expte. r 194/96, Prensa de Tarragona.

Los hechos denunciados consistían en el presunto acuerdo y abuso de posición de dominio negando o restringiendo la venta de publicaciones. El Tribunal no consideró que pudieran deducirse de aquellos hechos, ni siquiera indiciariamente, prácticas colusorias contrarias al artículo 1 LDC, ni abusivas, contrarias al artículo 6, por no existir acuerdo sino una única voluntad por pertenecer las denunciadas a un mismo grupo.

En cuanto al abuso de posición dominante, se señaló que, dada la situación de exclusividad sobre la casi totalidad de las publicaciones periódicas, era evidente que los denunciados gozaban de posición de dominio, pero que, tener una posición dominante en la distribución de prensa, no significa que no se pueda poner un establecimiento minorista ni supone, por sí solo, que se abuse en el comportamiento.

Por todo ello, se desestimó el recurso. Debe señalarse que el TDC hace una importante consideración: en el mercado de la distribución de prensa es fácil que las irregularidades que se denuncian en las entregas, o en las alzas del precio de los portes, puedan llegar a suponer verdaderas imposiciones de condiciones desiguales o no equitativas. Las empresas distribuidoras, por tanto, con régimen de exclusiva de venta, deben cuidar excepcionalmente las peticiones de sus clientes por la especial responsabilidad que les da su posición dominante en las relaciones con los mismos.

5.1.10. Fijación de precios por un grupo de empresas.

Resolución de 22.5.1997, Expte. r 203/97, SEPLA/IBERIA.

El Acuerdo del Servicio archivó las diligencias iniciadas sin incoar expediente por presuntos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado y abusar IBERIA de posición de dominio al repartirse rutas y servicios o sus filiales, en especial AVIACO. La cuestión más trascendente analizada es si existía autonomía de AVIACO respecto a IBERIA ya que el Presidente de IBERIA también lo era de AVIACO.

El Tribunal consideró que los supuestos acuerdos denunciados de fijación de precios y reparto de mercados entre IBERIA y AVIACO no podían encuadrarse entre los incursos en las prohibiciones del artículo 1 LDC ni en las del artículo 85 del Tratado de Roma, ya que entre matriz y filial no caben acuerdos por falta de autonomía de voluntad para decidir, por lo que desestima el recurso.

5.1.11. El ejercicio de actividad económica por un organismo público está sometido a la LDC.

Resolución de 26.5.1997, Expte. r 193/96, Suelo municipal Zumaia.

El origen de este expediente es una denuncia contra ZUMAIA LANTZEN S.A. y el Ayuntamiento de Zumaia por infracción de los artículos 1, 6 y 7 LDC. Según la denuncia, el Ayuntamiento de Zumaia promovió la reparcelación de un proyecto urbanístico por el sistema de cooperación, cediendo la urbanización del citado polígono a la empresa pública ZUMAIA LANTZEN. Ésta inició la construcción de pabellones industriales destinados a la venta en el mercado libre o a efectuar compensaciones o permutas, vendiéndose a una relación calidad-precio muy ventajosa, poseyendo tal empresa una posición privilegiada respecto de las empresas de construcción privadas.

El TDC recuerda que la constitución de una sociedad municipal constituye un acto administrativo cuya revisión no corresponde al TDC sino a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Por otra parte, para que pueda infringirse el artículo 1 LDC es necesario que la conducta haya sido realizada

por más de un operador económico. Además, si se tiene en cuenta el mercado relevante, una cuota del 15% no supone posición de dominio y, consiguientemente, tampoco abuso de la misma.

En relación con la violación del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal, el TDC entendió que los artículos 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y 96 y 103 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, permiten a las entidades locales el ejercicio, a través de sociedades mercantiles, de la iniciativa pública de actividades económicas en régimen de libre concurrencia respecto de actividades de utilidad pública prestadas dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes.

5.1.12. Los acuerdos colusorios exigen actos bilaterales o plurilaterales.

Resolución de 11.6.1997, Expte. r 212/97, Comercial Potasas.

Se insiste en este expediente en que para que exista acuerdo del artículo 1 LDC, deben concurrir varias personas. En la denuncia contra Comercial Potasas, S.A. (COPOSA), se le imputaba un aumento del precio de la sal y una negativa de suministro. En el caso de la potasa, el TDC razona que se trata de un sector cartelizado desde que comenzó la explotación comercial de la potasa en España.

En la actualidad aunque el mercado esté abierto a las importaciones y que su cuota de mercado sea de alrededor del 60 por ciento, estamos en una situación de monopolio de la fabricación de la potasa.

Se resolvió estimar el recurso e indicar al Servicio que investigara si podía existir posición de dominio. El Servicio abrió expediente que sobreseyó de nuevo por Acuerdo de 12.1.1998.

5.1.13. Abuso de posición dominante.

Resolución de 11.6.1997, Expte. r 219/97, Perfumerías catalanas.

Se denunciaba un abuso de posición de dominio por interrupción del suministro al distribuidor exigiendo, además, el pago por adelantado.

Se desestimó el recurso porque sólo puede darse una conducta abusiva si, previamente, existe una posición dominante en el mercado de referencia.

En el caso juzgado, el denunciado no tenía posición dominante en el mercado de referencia de los productos de perfumería selectiva, pues su cuota de mercado no alcanzaba más de un 7%, ni los productos de la marca YSL que el denunciado distribuía en exclusiva alcanzaban más de un 5%.

Se desatiende otra alegación, por no ser de aplicación al supuesto, que consistía en que la Comisión Europea estableció que los contratos de distribución podrían rescindirse de forma anticipada si el distribuidor autorizado vulneraba sus obligaciones contractuales, lo que no era de aplicación al caso ya que entre el recurrente y el denunciado nunca había existido contrato de distribución.

Por último, el TDC advierte que el mercado de producto afectado es el de productos de perfumería de lujo y no otro, utilizando el concepto de sustituibilidad amplia entre productos para la misma finalidad de diferentes marcas, dentro de la gama de alta perfumería o perfumería de lujo.

Resolución de 17.9.1997, Expte. r 232/97, Aparatos Oftalmología.

En este caso se denunció un abuso de posición dominante por establecer tarifas abusivas para el mantenimiento de aparatos profesionales de oftalmología.

El TDC sostuvo que para que un operador económico pueda incurrir en un abuso de posición dominante, tipificado en el artículo 6 LDC, es condición necesaria, aunque no suficiente, que tal operador esté en una posición de dominio en el mercado relevante.

En este caso se señalaba que el mercado relevante no era el de los productos de la marca CARL ZEISS, sino del conjunto de marcas que comercializan productos sustitutivos de los de la empresa mencionada. Se concluía que no había indicios de posición de dominio de la empresa denunciada en dicho mercado, no pudiendo existir, por tanto, abuso de la misma. Se desestimó el recurso.

5.1.14. Publicidad conjunta de cadenas comerciales. Precios predatorios.

Se presentó una denuncia por la existencia de precios comunes en determinadas ofertas de cadenas de comercios, lo que supondría una infracción del artículo 1 LDC.

La doctrina del Tribunal en la Resolución de 11.12.1995 (Electrodomésticos Alicante), sin embargo, admite la constitución de cadenas con una central de compras común y la centralización de su publicidad como medio de los pequeños comercios de defenderse de las grandes superficies y otras formas de distribución. La publicidad central de una oferta en común es algo típico de estos comercios y, según el TDC, no sólo no tiene efectos restrictivos de la competencia, sino que resultan positivos para la competencia en el mercado, por lo que los aspectos restrictivos quedan sobradamente compensados por las consecuencias positivas.

Respecto a los precios predatorios, a los que también se hacía referencia en la denuncia, se dice que para que constituyan una infracción de la LDC han de ser realizados desde una posición dominante o han de constituir un supuesto de venta a pérdida del artículo 17.2 de la Ley de Competencia Desleal, circunstancias que no concurrían en el supuesto contemplado. Se desestimó el recurso.

5.1.15. Proveedores y acuerdos con centrales de compras.

Resolución de 23.12.1997, Expte. r 249/97, Material Eléctrico Murcia 2.

En el presente caso se examinaban un conjunto de acuerdos de compra en común que se constituían en torno a una central de compras denominada PROEMUR. En general, estos acuerdos no pueden considerarse como restrictivos de la competencia por ser un eficaz factor de competencia frente al poder contractual de los proveedores, siempre que no incorporen cláusulas anticompetitivas y se demuestre que las empresas que se conciertan no tienen poder de mercado, existan sistemas alternativos y no haya perjuicio para los consumidores y usuarios. Establecido esto, se afirmaba que tales circunstancias no concurrían en el caso.

Por otra parte, los denunciados tomaron una serie de acuerdos complementarios consistentes en proceder a la agrupación del material eléctrico en cuatro bloques o familias y la fijación en común de los descuentos que se aplicarían a terceros adquirentes de dichos productos lo que constituía un acuerdo entre operadores económicos susceptible de restringir la competencia en el mercado geográfico de la Región de Murcia porque, al determinar el importe de los descuentos, se pretendía excluir de la libre iniciativa empresarial una decisión que correspondía a cada uno de los empresarios autónomamente. Tal decisión producía efectos sobre el precio que debían abonar los compradores de material eléctrico, eliminando uno de los elementos diferenciadores de la oferta de los vendedores de estos productos, como es el descuento que ofrecían a sus clientes.

Se estimó el recurso por tanto, al tratarse de una conducta prohibida y contraria al artículo 1.1.a) LDC.

5.1.16. Prohibición de listas negras y presiones a los distribuidores.

Resolución de 23.12.1997, Expte. r 263/97, MOB/MOVILES.

En este expediente se discutía si la actuación de Telefónica Servicios Móviles S.A. (TSM) era anticompetitiva al incluir a Distribuciones MOB S.A. (MOB) en una lista negra de distribuidores a los "que no se le podía vender ningún equipo", y al realizar determinadas presiones a la central de compras Ataxa Group S.A. para que tanto MOB como las restantes empresas del Grupo Llompart fueran expulsadas del mercado.

Para analizar dicha conducta se examinó si TSM tiene posición de dominio en el mercado de teléfonos móviles. Había que tener en cuenta que TSM poseía dos autorizaciones para actuar, respectivamente, en el campo de la telefonía analógica (Moviline) y digital en el que operan Movistar y Airtel. La posición de dominio era clara aún en el supuesto de que se considerara que el mercado relevante de producto fuese el de la telefonía digital (Resolución de 18.7.1996. Expte. MC 10/96, Airtel-Telefónica).

El TDC concluye que, aunque la distribuidora MOB hubiera incumplido el contrato y esto constituyera una actuación dolosa, no por ello eran lícitas actuaciones comerciales tales como la elaboración de listas negras y el conseguir mediante presiones la expulsión de un operador de una central de compras. Tales actuaciones, que son difícilmente aceptables para cualquier operador, cuando las realiza quien se encuentra en posición de dominio infringe el artículo 6 LDC.

Respecto a la denuncia de vulneración del artículo 7 LDC, el TDC se pregunta si se trata de un caso de conductas tipificadas como de deslealtad y si, en tal supuesto, el abuso absorbe a la deslealtad. La doctrina a ese respecto es clara: (Expte. 295/91, Bombas de Cobalto): se aplicaría el tipo del artículo 7 LDC cuando la conducta siguiera siendo anticompetitiva aun cuando su autor no se encontrara en posición de dominio. En este supuesto existían unas conductas que pudieran considerarse como objetivamente contrarias a la buena fe, pero sus efectos anticompetitivos se producen porque fueron realizados por quien se encontraba en posición de dominio y, por ello, no podía hablarse de infracción del artículo 7 LDC.

El Tribunal estimó el recurso e interesó del Servicio que continuara el expediente investigando las conductas denunciadas.

5.2. Recursos contra acuerdos de sobreseimiento de expedientes:

5.2.1. Contratos de reventa de exclusiva. Justificación económica en la discriminación de precios.

Resolución de 13.1.1997, Expte. R 172/96, B.P. OIL ESPAÑA.

Se trataba en este expediente de una denuncia presentada por la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contra BP Oil España, S.A. por la celebración de contratos entre la empresa petrolera y las estaciones de servicio: Unos eran contratos de suministro en exclusiva suscritos bajo la forma de comisión mercantil, en los que el operador de la estación de servicio no revendía los carburantes sino que actuaban por cuenta

de la operadora de productos petrolíferos, que era quien asumía los riesgos; otros eran en régimen de reventa.

La cuestión objeto de controversia planteada por la Confederación era la de si las condiciones de venta más favorables concedidas a los distribuidores con instalaciones fijas, respecto de las pactadas con los titulares de estaciones de servicio, tienen o no una justificación objetiva a los efectos de la aplicación de la exención por categorías del Reglamento 1984/83 de la Comisión C.E.

En relación con los contratos en régimen de comisión, el TDC estima que, de acuerdo con la resolución 9/90, "para que existiera una práctica colusoria restrictiva de la competencia se precisa ante todo un concurso de voluntades de personas distintas dotadas de libertad económica para decidir" y "tanto los agentes comerciales como los mediadores o comisionistas, carecen de esa libertad, pues su actividad es complementaria de la del empresario para el que actúan". Concluye diciendo que "la prohibición del artículo 1 LDC, no es aplicable a los contratos concertados por los comisionistas, agentes comerciales o mediadores con otros empresarios".

Respecto a los contratos en régimen de reventa, se manifiesta que "no cabe hablar de discriminación en materia de precios o comisiones por cuanto no se puede afirmar que se aplique un tratamiento desigual a situaciones idénticas... las diferencias se justifican porque las inversiones que los operadores petrolíferos realizan en las estaciones de servicio son muy elevadas y no tienen correspondencia con los otros sistemas de distribución".

En consecuencia, se desestimó el recurso.

5.2.2. Excepción de cobertura legal e inaplicación de la LDC.

Resolución de 7.3.1997, Expte. R 184/96, Comercial Lluch.

La denunciante y recurrente consideró que ha existido una concertación entre el Colegio de Farmacéuticos de Las Palmas y Comercial Lluch S.A. para no suministrarle efectos y accesorios y productos farmacéuticos (artículo 1 LDC) y que se le había negado el suministro mediante abuso de su posición de dominio (artículo 6 LDC).

El TDC entendió que "las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley", en este caso, el Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social de 30.5.1974, y la OM de 16.10.1979).

Respecto de los productos parafarmacéuticos solicitados por la recurrente y no suministrados por la denunciada, es preciso señalar que ésta no ostenta posición de dominio en el mercado de estos productos. Por lo que puede decidir libremente sobre la cumplimentación o no del pedido, pudiendo la aquí recurrente optar por efectuar su pedido a otros distribuidores o fabricantes.

Se desestimó, por tanto, el recurso.

5.2.3. Competencia desleal y jurisdicción civil.

Resolución de 31.3.1997, Expte. R 189/96, RESOPAL.

Se denuncia en este expediente a las sociedades MACTAC EUROPE S.A. (de Bruselas y de España), LEGON-PLAS S.L., VICMAN S.L., PLASTIASTUR S.L. y TAKERPLAS S.A.L., por una práctica concertada de fijación de precios y abuso de posición de dominio con dilaciones indebidas en la entrega de mercancías a RESOPAL para expulsarlo del mercado de vinilo autoadhesivo de marcaje de gama alta. El recurso concluye desestimándose ya que no hay prueba de concertación y, además, existían otros suministradores en el mercado europeo del material vendido por MACTAC (vinilo para marcaje) que revendía RESOPAL en España y a las denunciadas.

5.2.4. Concesión de zona exclusiva y venta en la misma.

Resolución de 31.3.1997, Expte. R 198/97, Cervezas Mahou.

En este expediente se ventila la denuncia presentada por Distribuciones Peñafiel S.L. contra Mahou S.A. por considerar que por el contrato que tenían firmado, la segunda concedía a la primera una autorización exclusiva de venta en determinado territorio en determinadas cláusulas que eran contrarias a la

libre competencia, por imposición de precios, limitación territorial de la distribución e impedir la venta de otras marcas de cerveza y competencia desleal.

La denuncia se sobreseyó sólo en cuanto a la competencia desleal que, junto a las otras conductas (que dieron luego lugar al expediente 389/96) se había ordenado investigar en el Auto de inadmisión a trámite de ese expediente consistía en vender directamente productos a un cliente dentro del territorio de la exclusiva a un precio inferior. El Tribunal entendió que la citada conducta no falseaba de manera sensible la competencia en el mercado de distribución de cervezas. El interés público no reside en que los consumidores finales puedan adquirir los productos a los mismos precios, pues el precio de venta al público dependerá de muchos factores tales como el precio de adquisición, los gastos de estructura, el beneficio que quiera obtener el comerciante, etc. La conducta enjuiciada no era desleal desde la perspectiva de la competencia ya que los hechos no afectaban al interés público y no se falseaba de modo sensible la competencia y el mercado.

En consecuencia, se desestimó el recurso.

5.2.5. Empresas subvencionadas y competencia desleal.

Resolución de 24.4.1997, Expte. R 192/96, Ambulancias Gerona.

Se plantea en este expediente la actuación de Cruz Roja como empresa privada, al realizar el servicio de traslado de enfermos y determinado material sanitario de carácter no urgente en ambulancia. Se le achaca una conducta anticompetitiva al aprovecharse de las subvenciones y exenciones otorgadas por la Ley dada su condición de entidad sin ánimo de lucro.

La doctrina del TDC aclara que, a efectos de la aplicación de la LDC, la Cruz Roja tiene la consideración de empresa, concepto que engloba a todas las empresas que actúan en el tráfico económico, aún sin ánimo de lucro, quedando excluidos solamente los organismos cuyas actividades son típicamente prerrogativas de poder público y no presenten un carácter económico.

En este sentido, la Comisión de la Unión Europea en la Decisión 95/198/CE, de 12.5.1995, establecía que "... el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación". Así se afirma, que de acuerdo con la legislación en vigor, la Cruz Roja podía, para realizar su labor humanitaria y social de transporte sanitario en el ámbito de Cataluña y siempre que no cobrarse contraprestación a los usuarios, actuar libremente. Sin embargo, en el caso que se ventilaba, el usuario (por medio del Servicio Catalán de Salud o de la compañía de seguros privada) entregaba una cantidad de dinero. Por ello, se afirmaba que la actividad de Cruz Roja era mercantil, de traslado de enfermos no urgentes a cambio de un precio, lo que requeriría autorización administrativa, que ni poseía ni le había sido concedida.

Como dice la Resolución, la realidad económica es esencialmente dinámica y lo que en un momento dado es una actividad no lucrativa y asistencial, puesto que la insuficiencia de la demanda no permitía conseguir una adecuada rentabilidad, puede transformarse con el paso del tiempo (al irse produciendo avances tecnológicos, aumentos en los niveles de ingresos per capita, variaciones tanto en los gastos y necesidades de los consumidores y usuarios, como en los costes de los factores productivos, cambios institucionales, etc.) en actividades rentables, lo que permite la entrada de empresas privadas en ese nuevo mercado que ha surgido.

Por ello, se estimó el recurso ordenándose al Servicio que siguiera el expediente para esclarecer los hechos.

5.2.6. Acuerdos sobre concentración de medios de comunicación, abuso de posición dominante y deslealtad. Derecho comunitario.

Resolución de 29.7.1997, Expte. R 185/96, Radio Fórmula.

Se denuncia un caso de concentración de medios de comunicación basándose los denunciantes en que el Grupo Godó, que controlaba mayoritariamente Antena 3 Radio, y el Grupo PRISA, que, a su vez, controlaba mayoritariamente la Sociedad Española de Radiodifusión, S.A. (SER), llegaron al acuerdo de iniciar un proceso de colaboración.

Los denunciantes sostenían que tal acuerdo suponía una toma de control de PRISA sobre Antena 3 Radio, S.A., por lo que alegaban: en primer lugar, violación del artículo 6 LDC al reforzar la posición de dominio que PRISA disfrutaba en el mercado de la radio con la toma de control de Antena 3 Radio, S.A.; subsidiariamente, y para el caso de que no se considerase abuso de posición de dominio, violación del artículo 1 LDC, por acuerdos anticompetitivos; en tercer lugar, competencia desleal según el artículo 7 LDC, por actos de competencia desleal definidos en el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal al violar la disposición adicional 6ª de la LOT; por último, en la medida en que estas conductas afectaban al comercio intracomunitario, violación del artículo 86 del Tratado de Roma y subsidiariamente del artículo 85.1 del mismo.

En este expediente se suscitan cuestiones doctrinales de fondo y de forma que conviene exponer.

En relación con la confidencialidad de los documentos que constaban en pieza separada, se dice que, tanto en el ordenamiento español de la competencia como en el comunitario, la garantía de la confidencialidad de las informaciones, datos y documentos aportados, constituye el contrapeso indispensable a la exigencia de colaboración de las empresas, además de una garantía imprescindible para evitar que terceras personas, a través del acceso al expediente, puedan obtener informaciones de carácter confidencial.

De acuerdo con el principio de la confidencialidad nadie puede ser condenado sobre la base de un documento que no ha podido rebatir por haber sido declarado confidencial; pero tampoco un documento declarado confidencial puede servir para exculpar a un denunciado, ya que en el procedimiento pueden existir otros interesados a los que se les negaría la posibilidad de argumentar o rebatir el contenido de dicho documento y que podrían desear una resolución condenatoria.

Respecto de la toma de control por parte del Grupo PRISA de Antena 3 Radio se expresa que, de acuerdo con la doctrina contenida en la Resolución de 14.7.1993 (Expte. A 51/93, Mölnlycke), existe una incompatibilidad entre el régimen de los artículos 1 y 6 LDC, por una parte, y el del artículo 14 LDC, por otra, por lo que una misma conducta no puede enjuiciarse bajo ambos

regímenes. O bien es conducta prohibida (práctica colusoria o abusiva) o es concentración. Y conducta prohibida sólo lo será en la medida en que no sea concentración. Si es concentración, el procedimiento aplicable sería el del Capítulo II de la LDC, y no el del artículo 6 de la misma.

La posición del Tribunal se ha visto confirmada con la introducción, en el artículo 15 LDC, de un nuevo apartado 5 en el que, entre otros extremos, se consagra el tratamiento unitario -bien como acuerdo bien como concentración- de los expedientes en los que se debata la naturaleza de la operación.

Si no existe toma de control no puede haber concentración por lo que no cabe un reforzamiento de la posición de dominio. Así pues, no podría hablarse de existencia de abuso de posición de dominio y no es aplicable el artículo 6 LDC.

La aplicación directa de artículo 86 TUE, no es posible pues con la adopción del Reglamento nº4064/89 del Consejo, sobre control de operaciones de concentración, ha quedado clarificado que tales operaciones quedan excluidas, salvo raras excepciones, del ámbito de aplicación de los arts. 85 y 86 TUE. En este caso, si es una concentración de dimensión comunitaria, el procedimiento aplicable es el Reglamento CEE 4064/89. Si no es una concentración, no se produce un reforzamiento de posición de dominio y, en consecuencia, no se produce abuso por esta razón, no pudiendo aplicarse el artículo 86 TUE.

Respecto de la competencia desleal, la doctrina del TDC es que para su aplicación deben concurrir las siguientes circunstancias exigidas por el artículo 7 LDC.

- a) Que sean constitutivos de competencia desleal según los tipos establecidos por la Ley de Competencia Desleal.
- b) Que puedan producir un falseamiento sensible de la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional, y
- c) Que por su propia dimensión provoquen una afectación del interés público.

En otro caso, los interesados deben acudir a la jurisdicción ordinaria, tal y como queda establecido en la Ley 3/1991, de Competencia Desleal.

Los recurrentes alegaban que se había violado el art 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, al haberse incumplido la disposición adicional 6ª .1, apartados d), e) y f) de la LOT. En la Resolución del TDC se afirma que no hubo incumplimiento al no existir mandato legal que obligara a inscribir en el Registro de Empresas Radiodifusoras aquellas transacciones que afecten al capital social de sociedades que ostenten la cualidad de socio de una concesionaria del servicio público de radiodifusión sonora, ni a solicitar la autorización administrativa previa para realizar tales negocios jurídicos. Por tanto, no existía infracción de normas.

En conclusión, se desestimó el recurso.

5.2.7. Derecho de superficie y contrato de exclusiva. Arrendamiento de negocio en funcionamiento.

Resolución de 12.9.1997, Expte. R 197/97, SHELL ESPAÑA.

El contenido del expediente versa sobre la colaboración de un contrato que comprendía: la cesión del derecho de superficie de una parcela, propiedad de la cedente, para que la otra empresa construyera en ella una gasolinera, con arrendamiento posterior de la estación de servicio a la cesionaria y firma simultánea de otro contrato de exclusiva de venta de los carburantes y lubricantes de SHELL.

Se recurría un sobreseimiento parcial de la denuncia en cuanto a la duración del contrato de exclusiva.

El contrato de exclusiva en cuestión cumplía todos los requisitos establecidos por el artículo 12.2 del Reglamento de exención por categorías CE 1984/83: por tanto, nada se podía objetar desde la perspectiva de la competencia.

En consecuencia, se desestimó el recurso. (Por la parte no sobreseída de la denuncia continuó el expediente en el Servicio, que fue en el Tribunal el 418/97 siendo resuelto por Resolución de 19.6.98).

5.3. Recursos contra acuerdos varios:

Se trata de Acuerdos del Servicio que no son ni de archivo de una denuncia ni de sobreseimiento de un expediente, sino de la más variada naturaleza (declaración de confidencialidad, paralización de un expediente, propuesta -o denegación de hacerlo- de medidas cautelares, requerimiento de documentación, denegación de pruebas, no reconocimiento de la condición de parte, etc...) que son recurridos ante el TDC.

5.3.1. Práctica autorizable y denuncia contra la práctica.

Resolución de 30.4.1997, Expte. R 206/97, Cooperativa Farmacéutica Asturiana.

Se plantea en este caso el supuesto de una denuncia por práctica contraria a la LDC y, casi simultáneamente, la petición de autorización.

El Servicio paralizó la tramitación de la denuncia hasta que el Tribunal resolviera sobre la autorización solicitada.

Puesto que no está previsto por la LDC la suspensión de la admisión a trámite de la denuncia, lo que debió hacer el Servicio es tramitar ésta y acumular al expediente (artículo 38.2 LDC) la autorización singular, elevando después su informe al Tribunal.

Por tanto, se estimó el recurso.

5.3.2. Aplicación subsidiaria del derecho comunitario y deber de entrega de datos.

Resoluciones de 9.7.1997, Exptes. r 209/97 y r 214/97, Fútbol televisado 1 y 2.

El Servicio, durante la tramitación de la denuncia, requirió reiteradamente a Canal Plus, S.A. y Sogecable, S.A. los contratos suscritos con Canal Satélite

Digital, los acuerdos con Antena 3 y TV3 y el comunicado emitido el 5.1.1997 en nombre de Sogecable y Prisa. El recurso se presentó por TV3 que era denunciada en el expediente.

El Tribunal entendió que la solicitud de documentación al denunciado está expresamente prevista en el artículo 36.2 LDC, incluso sin exigir que se haya incoado formalmente un expediente. La finalidad de la norma habilita a los órganos de la competencia a que se les proporcione toda clase de datos e informaciones necesarias para aplicación de la LDC, conforme dispone el artículo 32 de la misma (en el Derecho comunitario también se establece tal obligación de colaboración siendo el artículo 52 LDC una garantía pues obliga a guardar secreto a todos los que intervengan en cualquier expediente tramitado conforme a la misma.

Por tanto, el recurso fue desestimado.

5.3.3. Declaración de confidencialidad y protección de empresas.

Resolución de 10.7.1997, Expte. r 205/97, Freixenet/Castellblanch.

El Servicio había declarado confidenciales determinados documentos de las denunciadas a lo que se opuso el denunciante impugnando la Providencia de confidencialidad. El Tribunal consideró que la norma a seguir es la de precaución frente a la posibilidad de que se planteen por los competidores denuncias instrumentales que sólo persigan conocer los secretos comerciales del competidor. El beneficio de la confidencialidad se suele otorgar para no causar perjuicios irreparables a las empresas investigadas, sobre datos que constituyan secretos comerciales.

Por ello, se desestimó el recurso.

5.3.4. Fumus boni iuris y medidas cautelares.

Resolución de 24.7.1997, Expte. r 216/97, Transformadores Eléctricos.

El Servicio dictó un Acuerdo denegando al denunciante la suspensión cautelar de las exigencias de las recomendaciones de UNESA en la instalación de transformadores eléctricos. La adopción de medidas cautelares requiere el cumplimiento de una serie de requisitos. Uno de ellos es el del principio del fumus boni iuris o apariencia de buen derecho. El TDC sobre este particular dijo que: "hay que tener en cuenta que éste ha de concebirse no sólo como la convicción indiciaria de quien toma la decisión de que al solicitante de una medida cautelar le asiste un derecho y que existe un interés público lesionado, sino que dicha convicción ha de ser lo suficientemente fuerte y el derecho ha de ser de considerable importancia como para adoptar una decisión en un procedimiento de urgencia que, aunque no sea definitiva tiene trascendencia, lo que implica que debe existir proporción entre el derecho aparente y la medida cautelar."

No dándose este requisito en el caso enjuiciado, el Tribunal desestimó el recurso.

5.3.5. Actuaciones hipotéticas y aplicación del derecho de la competencia.

Resolución de 6.11.1997, Expte. r 256/97, Notarios.

El Servicio dictó un Acuerdo en unas actuaciones iniciadas por denuncia de un particular, por el que negó a éste su condición de parte en el procedimiento que pudiera incoarse por el turno de reparto notarial y por el mecanismo compensatorio de dicho turno. Los acuerdos denunciados no se refieren al derecho de cualquier particular a elegir libremente el Notario que haya de autorizar una escritura, sino al destino y reparto de los honorarios que se devenguen por la intervención profesional. No se refiere tampoco al importe de los aranceles pues, si se tratara de acuerdos que supusieran por vía de convenio una unificación o bien una diferenciación de precios, también podría existir un interés de los particulares en los hechos denunciados.

Resulta desproporcionado deducir de las presunciones realizadas por el particular que cualquier posible perjudicado por inconcretas y futuras actuaciones pueda tener la condición de interesado en un expediente en el que se han de analizar los posibles efectos anticompetitivos de unos convenios.

Se estimó, por tanto, que el denunciante no tenía la condición de parte y se desestimó el recurso confirmándose el Acuerdo recurrido.

5.4. Recursos contra la inadmisión de denuncias:

5.4.1. Acuerdos eficientes entre fabricantes y concesionarios.

Resolución de 29.1.1997, Expte. r 177/96, Placas Matrícula.

El Servicio inadmitió una denuncia contra un acuerdo limitativo de la confección y suministro de placas de matrículas para vehículos. Se trataba de la relación entre los fabricantes de automóviles y los concesionarios, comercializando los fabricantes las placas como un recambio más y favoreciendo a los concesionarios que las adquirían de su marca respectiva. Esta compra se computa a favor del concesionario dentro del volumen de compras realizada a los efectos del cálculo del rappel general de recambios y accesorios.

Esta práctica no está impedida legalmente a los fabricantes de automóviles (marcas). Más aún cuando no se obliga a los concesionarios a comprar en exclusiva las placas de matrícula de un determinado fabricante sino que se les da libertad para que puedan comprarlas directamente donde lo deseen, ofreciéndoles simplemente la posibilidad de suministrarlas como una pieza más de recambio.

En consecuencia, se consideró que era correcta la inadmisión de la denuncia por falta razonada de indicios de infracción de la LDC.

5.4.2. Sistemas de amortización de préstamos y libre competencia.

Resolución de 19.5.1997, Expte. r 208/97, Entidades de crédito.

La denuncia se refiere al método de amortización de los préstamos realizado por las entidades de crédito que suelen imponer el método de amortización de cuota constante (también llamado método francés) en el que, si el tipo de interés es fijo, la suma de intereses y capital amortizado permanece constante en cada cuota.

El Servicio inadmitió la denuncia de un particular contra diversas entidades de crédito por la conducta señalada.

A juicio del TDC el método de amortización mediante cuota constante no perjudica al prestatario porque, aunque pague al final más intereses que con el método de amortización constante, los paga más tarde (es decir, cuando el dinero tiene menos valor). La prueba de ello es que el TAE es idéntico y éste se calcula legalmente de acuerdo con la Circular del Banco de España nº 8/1990 de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Por ello se decidió que el sistema aplicado dada la sencillez y la comodidad que le supone al prestatario conocer con certeza la cuota a pagar en cada vencimiento,- lo que le ha convertido en un uso tradicional en el sistema crediticio- no suponía ninguna restricción de la competencia.

En consecuencia, se desestimó el recurso.

5.4.3. Financiación institucional de la prensa y precios predatorios.

Resolución de 5.6.1997, Expte. r 201/97, Prensa Ciudad Real.

El Servicio inadmitió una denuncia de un editor de diarios y revistas por trato discriminatorio en relación con la contratación de publicidad institucional por parte de la Diputación Provincial en favor de una Fundación Pública Municipal que edita un diario en la provincia de Ciudad Real.

La financiación pública no constituye, por sí misma, infracción del artículo 6 LDC. Así lo tiene declarado el Tribunal en su Resolución de 22.10.1994 (Expte. r 85/94, Gobierno Vasco) y en la Resolución de 18.10.1993 (Expte. A 58/93, Sabadell).

Se entendió, por tanto, que la denuncia era inadmisibile y se desestimó el recurso.

6. Cuestiones de procedimiento

En este apartado se ponen de manifiesto los pronunciamientos del TDC durante el año 1997 en cuestiones relativas al procedimiento.

Las Resoluciones que se citan están ordenadas por el orden cronológico de su publicación en el Compendio del TDC. Las cuestiones procedimentales han sido dictadas en expedientes de autorización; en medidas cautelares; en expedientes sancionadores; y, por último, en expedientes de recurso contra Acuerdos del Servicio.

Las cuestiones procedimentales a que se refieren las Resoluciones que a continuación se citan están relacionadas con aspectos de derecho adjetivos, esto es, de índole procesal y/o administrativa, que no deciden sobre el fondo de los asuntos planteados pero que tienen una importancia fundamental en cuanto a la doctrina interpretativa derivada de la motivación jurídica de los asuntos decididos.

Conviene también citar que sobre aspectos de procedimiento en España se ha dictado el Real Decreto 295/1988, de 27 de febrero que, en su artículo 9, dispone que en los casos de aplicación en España del derecho de la competencia comunitario, el encargado será el Servicio en la fase de instrucción y el Tribunal en la fase de resolución o dictamen, y el Consejo de Ministros en la fase de resolución.

6.1. Expedientes sancionadores.

6.1.1. Suspensión de Resoluciones del TDC.

Resolución de incidente de 17.1.1997, Expte. 378/96, Asentadores de pescado.

Resolución de incidente de 4.2.1997, Expte. MC 18/96, Servicom-Telefónica.

En estos casos, que mantienen una doctrina consolidada en otros, se plantea el hecho de la autoridad encargada de, en su caso, suspender un acto firme. Se estima, de acuerdo con la ley, que el mero hecho de la interposición del recurso solicitando la suspensión, tiene como repercusión el que la competencia que tenía el TDC para tomar cualquier tipo de decisión posterior, la pérdida en beneficio del Tribunal Jurisdiccional al que corresponde revisar la Resolución (Audiencia Nacional) y, por consiguiente, no sólo se pronunciará sobre el fondo del asunto, sino también, acerca de la suspensión.

6.1.2. Denominación de un expediente y finalidad y sentido de las diligencias para mejor proveer.

Resolución de 12.2.1997, Expte. 383/96, Fabricantes de Lencería.

En este caso se debate una cuestión formal, cual es la denominación que el TDC o el SDC otorga a un expediente para su identificación. La denominación de un expediente es una cuestión que afecta exclusivamente a su identificación interna ad intra, es decir, no produce efectos ad extra, porque no delimita ni prejuzga su contenido. También, y derivado de esta confusión, ha de aclararse que no es posible confundir una marca con una empresa como parecía desprenderse del expediente.

Respecto a las diligencias para mejor proveer se solicitaron por la parte diligencias de prueba que deberían ser acordadas, aunque se habían rechazado por ser incorrectamente planteadas o bien improcedentes. Para el TDC no se podía aceptar la presentación de nuevas pruebas puesto que la

finalidad de aquellas diligencias no consiste en subsanar la inactividad de las partes o la incorrección de las propuestas, sino por lo que se pretende demostrar está demostrado o es intrascendente. Respecto a la prueba, el TDC suele aplicar una valoración no formalista.

6.1.3. Pruebas ilícitas y confidencialidad.

Resolución de 3.6.1997, Expte. 352/94, Industrias Lácteas.

Uno de los aspectos más interesantes en torno a la averiguación de unos hechos es la presentación de las pruebas. El tema de la prueba tiene una importancia fundamental en los procedimientos penales o en los sancionadores. Con respecto a las pruebas ilícitas, se ha planteado en la doctrina jurídica la cuestión de la prevalencia del interés público en la obtención de la verdad a la que se refiere el elemento probatorio discutido sobre su posible causa ilícita, siendo el Derecho americano el que primero decretó el rechazo de las pruebas cuando se conseguían mediante la violación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Según tal doctrina es deseable descubrir una infracción del ordenamiento jurídico y para ello es conveniente utilizar cualquier tipo de prueba, pero también ha de ser igualmente deseable que, para obtener dicha prueba, no se infrinja ningún derecho fundamental, puesto que en ambos casos se está en presencia de intereses públicos dignos de tutela.

Aun no existiendo una norma que expresamente establezca la prohibición de la utilización en el procedimiento de una prueba ilícitamente adquirida, sin embargo, la presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuada por una prueba que haya llegado al proceso con las debidas garantías en cuanto a su obtención y a su incorporación al mismo. Por lo tanto, aunque la prueba fuese veraz si se ha obtenido violando los derechos fundamentales no es válida. No se discute en este caso si la prueba ha sido obtenida de forma irregular pero sin violar un derecho fundamental.

Respecto a la confidencialidad, el TDC sostiene que hay que tratar de obtener un justo equilibrio entre los interés públicos y la protección de los datos empresariales. Si la confidencialidad afecta a los intereses en defensa y al derecho a no ser condenado sin ser oído ha de levantarse el secreto. Pero un

documento declarado confidencial no puede servir de exculpación como corolario del principio de igualdad de armas para las partes que exige que se conceda el mismo trato a todos los intervinientes en el proceso.

6.1.4. Competencia del TDC y Colegios profesionales.

Resolución de 5.6.1997, Expte. 372/96, Arquitectos Madrid.

Se dirime en este caso hasta donde llega la competencia para enjuiciar conductas, tanto desde el punto de vista material como del sujeto que las realiza. Se razona que la LDC es una Ley general, sin excepciones sectoriales, es decir, no existen otros órganos públicos que aun teniendo atribuciones en materia de competencia excluyan la del TDC. La observancia de la competencia obliga a todos los sujetos públicos y privados y ha de ser respetada por todos ellos en sus actuaciones. Esta doctrina viene corroborada por la propia del Tribunal Supremo que en Sentencia de 30.12.1993 (Sala de lo Civil) indica que la valoración de si existe infracción de la LDC corresponde exclusivamente al TDC, "no habiendo sido, por tanto, encomendada a ningún órgano sea colegial, administrativo o judicial, ni existiendo reparto de competencias atendiendo a la naturaleza del sujeto imputado, todo ello sin perjuicio del posterior control jurisdiccional de la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional". Hay que diferenciar esta competencia *ratione materiae* con la competencia que tienen otros órganos ya sean públicos o privados que ejerzan funciones públicas y con la potestad revisora de sus actos por otras Administraciones Públicas sobre los "actos administrativos" que como corporación de derecho público pueden dictar -aunque tengan otras funciones estatutariamente privadas- un colegio profesional frente a sus colegiados. La tutela de estas potestades debe resolverse por la vía administrativa y contenciosa, y no por la del TDC. Los únicos órganos que pueden revisar las funciones públicas colegiales como "actos administrativos" dictados al margen de la Administración Pública pero situados también fuera del tráfico mercantil, son la propia Administración y los Tribunales de lo Contencioso-administrativo. No se excluyen los actos colegiales cuando actúan como operador económico.

6.1.5. Recusación de un miembro del TDC. Declaración de nulidad de un acuerdo; concurrencia de expediente sancionador y autorización; cálculo de multas.

Resolución de 10.6.1997, Expte. 370/96, Desmotadoras de Algodón.

Se plantea el tema de la recusación y de la abstención. Si alguno de los interesados considera que existen motivos para recusar a alguno de los miembros del Tribunal está en su derecho de hacerlo, pero no cabe aconsejar la abstención; y ello porque no estar contemplado por la Ley.

La LDC, ante las dificultades que en algunos supuestos conlleva el determinar si una práctica puede resultar prohibida y, por tanto, sólo posible de llevar a cabo previa autorización, da una última posibilidad en su artículo 38.2 a aquéllos contra los que se ha iniciado un expediente sancionador porque no pidieran autorización y la práctica puede ser prohibida y, por tanto, sancionable. En este caso no habría tenido sentido pues sus efectos quedarían limitados en el tiempo y tampoco cabía una autorización futura. Pero es que, además, la práctica no resultaría autorizable.

Diversas empresas afectadas entendían que el Acuerdo que se enjuiciaba era ilegal, y se solicitó del Tribunal que lo declarase nulo con obligación de restitución de las cantidades percibidas y entregadas mutuamente. En lo que interesa a la cuestión procedimental la doctrina del TDC es la de que no puede hacer este tipo de declaraciones ya que, si bien tiene reservado en nuestro Derecho interno la declaración de las prácticas contrarias a la libre competencia (STS Sala 1ª de 30.12.1993), el conocer y resolver sobre aquellos otros procedimientos está reservado a los Juzgados y Tribunales, que ejercen la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos (artículo 117.3 de la Constitución). El TDC tiene limitado el contenido de sus Resoluciones en el procedimiento administrativo-sancionador en materia de libre competencia al señalado por el artículo 46 LDC. Además, la nulidad de los acuerdos, decisiones y recomendaciones contrarias al artículo 1 LDC surge como radical o absoluta de la propia contravención legal, como expresamente señala el nº 2 del citado precepto (“son nulos de pleno derecho...”), pero ha de hacerse valer ante la jurisdicción.

Por último, respecto a la imposición de multas, el artículo 46 LDC prevé que se impongan multas a las empresas por alguna práctica restrictiva de la competencia en la cuantía y atendiendo a los criterios que señala el artículo 10 de la misma. En tal precepto se prevén sanciones de hasta 150.000.000 ptas., pudiéndose incrementar esta cuantía hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la Resolución del Tribunal a la hora de concretar la sanción, aunque teniendo en cuenta la gravedad de la restricción de la competencia producida, la dimensión del mercado afectado y las demás circunstancias que señala el artículo 10.2 LDC. El Tribunal habitualmente cuantifica la sanción sobre la base del volumen de ventas correspondientes al ejercicio anterior a la Resolución, tal y como señala el artículo 10.1 LDC. Pero no siempre ha operado así como en la resolución que se comenta, toda vez que, de aplicar aquel concepto, sería injusto para algunas empresas que habían acordado producir menos, estando también en el acuerdo de cártel.

El criterio que se estableció y que fue considerado más objetivo no fue el volumen de ventas, sino el precio medio pagado por el producto y la cantidad de producto y que se aplicara una multa del 1 %. Posteriormente se individualiza la multa que corresponde a cada empresa por el coeficiente que cada una tenía asignado por capacidad. E incluso se redujo a un 25 % a aquellas empresas que se negaron y denunciaron el acuerdo pero no obstante entraron en el cártel. Esto manifiesta un ejemplo de la flexibilidad para aplicar las multas en cada caso determinado. Se aplicó en cuanto a la publicidad lo que determina el artículo 46.5 LDC.

6.1.6. Aclaración de Resoluciones y revisión.

Resolución de incidente de aclaración de Resolución de 8.7.1997, Expte. 352/94, Industrias Lácteas.

En este caso, se le plantea al TDC la cuestión de una petición que por la vía de la aclaración trata de obtener otra Resolución. La más recta interpretación es la de que como quiera que el artículo 46.4 LDC establece llanamente que el Tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, aclarar conceptos oscuros o suplir cualquier omisión que contengan sus Resoluciones. Cuando la aclaración no se refiere, por ejemplo, a la parte dispositiva de una resolución,

cabe interpretar que lo que se pretende es una revisión de la misma, lo cual sólo es viable a través de la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo y no de terceras vías.

6.1.7. Aplazamientos de pago.

Resolución de incidente de suspensión de Resolución de 8.7.1997, Expte. 352/94, Industrias Lácteas.

Se argumenta en este caso la tesis no favorable a la concesión de aplazamientos. Basándose en la Resolución de 8.7.1992 se reitera la tesis de que no puede concederse el aplazamiento en el pago, que permite el vigente Reglamento General de Recaudación, para otras deudas de carácter tributario o de ingresos de derecho público, porque el Tribunal no se encuentra entre los órganos administrativos tasados a los que concede competencia para ello el propio Reglamento. Sólo a tales órganos deberán dirigirse los solicitantes. Una interpretación distinta podría conducir a la nulidad de la concesión por ir más allá de lo que la norma dispone sin competencia para ello.

6.1.8. Denuncia anónima o con nombre fingido y necesidad de imputar a las dos partes en los contratos de distribución: distinción coautoría y responsabilidad.

Resolución de 14.10.1997, Expte. 380/96, Perfumería.

En este caso se analiza un hecho que puede ser considerado ilegal o incluso delictivo, como es la usurpación de personalidad o incluso la falsificación. Estas conductas no cabe que sean enjuiciadas por el Tribunal. Tampoco son supuestos de pruebas ilícitamente obtenidas o contra derechos humanos. A efectos administrativos han de tenerse como denuncia anónima al no ser veraz el nombre utilizado, dejando al margen otras consecuencias jurídicas de tal hecho. Cuando un expediente tiene su origen en una denuncia anónima aunque se considere que el actor usurpó el membrete y dirección de un tercero, lo que pudiera tener caracteres de delito, no puede ser considerado prueba ilícitamente obtenida sin eficacia probatoria ya que se trata de una mera denuncia que el SDC puede investigar de oficio para comprobar la

veracidad de la información. La denuncia de las conductas prohibidas por la LDC es pública: cualquier persona, interesada o no, puede formularla ante el Servicio, que incoará expediente cuando se observen indicios racionales de su existencia.

Respecto a la segunda cuestión, el SDC no ha imputado cargos a la otra parte del acuerdo (detallistas). Ello no invalida que el TDC considere acreditada la existencia de un acuerdo vertical. Por ser autoría y responsabilidad dos conceptos diferentes, la responsabilidad existe pero debe ser distinta.

6.1.9. Prueba de presunciones.

Resolución de 23.12.1997, Expte. 404/97, Servicios Funerarios de Madrid.

Se discute aquí sobre la prueba de presunciones en materia sancionadora. Para ello se cita la doctrina del Tribunal Constitucional (establecida, entre otras, en las sentencias 174/1985 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre; en la 169/1986, de 22 de diciembre y en la 150/1987, de 1 de octubre) acerca de la admisión de la prueba de presunciones en derecho penal. Se colige que dicha doctrina ha de ser equivalente para el derecho administrativo sancionador pues ambos constituyen manifestaciones de la potestad punitiva del Estado y a ambos han de aplicársele los mismos principios, aunque con ciertos matices.

Para que exista la prueba de presunciones y ésta pueda ser admitida, hay que establecer como requisito el que los hechos base, o sea los indicios, estén plenamente acreditados, la relación causal entre esos hechos y los constitutivos de infracción esté razonada y, finalmente, en el supuesto de que existan otras interpretaciones, éstas han de analizarse caso a caso.

Si se demuestra una relación causal entre la realidad o los hechos determinados y la infracción, claramente se puede presumir la conducta sancionable aunque no exista la evidencia palmaria.

6.1.10. Revocación de un acuerdo de sobreseimiento y recusación.

Resolución de 30.12.1997, Expte 361/95, Funerarias de Madrid 2.

Una de las dudas que se han planteado ante el TDC es cuál es el procedimiento a seguir cuando se produce, en vía de recurso, la revocación del Acuerdo del SDC en un expediente sancionador.

Esta cuestión no está resuelta por la LDC, que no contiene ningún pronunciamiento expreso al respecto, pero el TDC se decantó por la continuación del Procedimiento. La Resolución del TDC de 22.3.1991 (Bombas de cobalto) analizó esta cuestión y planteó las diferentes alternativas procedimentales existentes que se señalan a continuación:

- 1) Que el Tribunal resolviera, sin más trámite, sobre el fondo del asunto;
- 2) Que el Tribunal devolviera el expediente al SDC para que completara la instrucción y formulara, en su caso, la correspondiente acusación; o
- 3) Que el Tribunal prosiguiera el procedimiento por los cauces previstos en los artículos 40 y siguientes de la LDC, circunscribiendo el expediente y la acusación a los hechos contenidos en el pliego de cargos formulado, en su momento, por el Servicio (opción finalmente escogida). Esta opción fue confirmada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 17.11. 1994.

La Sala aseveraba que:

- a) El SDC había realizado una instrucción suficiente;
- b) Que los hechos estaban claros y eran aceptados sin discusión por todos los interesados; y
- c) Que la única cuestión sometida a debate era de estricta interpretación jurídica y consistía, como anteriormente se ha indicado, en determinar la naturaleza de unas tarifas. El Tribunal consideró adecuado proseguir

la tramitación del expediente por los cauces previstos en los artículos 40 y siguientes de la LDC (Resolución de 31.5.1995).

Se plantea también el tema de la recusación y de la abstención. Si alguno de los interesados considera que existen motivos para recusar a alguno de los miembros del Tribunal está en su derecho de hacerlo, pero no cabe aconsejar la abstención, y ello porque no está contemplado por la Ley.

6.2. Expedientes de medidas cautelares.

6.2.1. Abstención en un procedimiento.

Resolución de 24.2.1997, Expte. MC 12/96, Desmotadoras de Algodón 2.

La abstención, la renuncia y la recusación están reguladas en nuestro ordenamiento jurídico. Hay que tener en cuenta que en unos casos las circunstancias son objetivas y tasadas y en otros son de libre apreciación del sujeto incurso en las mismas. 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 esto no significa que pedir la abstención sea equivalente a solicitar la abstención. Cuando se considera que existen motivos para recusar a alguno o algunos miembros del TDC se está ejercitando un derecho, pero no es aceptable el "aconsejar" la abstención, planteando como alternativa la posibilidad de una recusación de no aceptarse la abstención voluntariamente.

6.2.2. Adopción de medidas cautelares y traslado a los interesados.

Resolución de 24.2.1997, Expte. MC 16/96, Material Eléctrico de Murcia.

En este caso se planteaba una queja por el demandado ya que el SDC no había dado traslado a los interesados del escrito del solicitante de las mismas. El artículo 45 LDC para la adopción de medidas cautelares únicamente exige que el Servicio haya abierto el expediente principal para que pueda tomar en

consideración la solicitud, pero no fija un plazo o trámite procedimental alguno para resolver la petición y formular, en su caso, su propuesta al Tribunal. El TDC debe dar audiencia a los interesados una vez recibida la propuesta del Servicio. El TDC advierte que si lo estima conveniente puede oír a los interesados pero no está obligado a hacerlo.

6.2.3. Requisitos procedimentales de las medidas cautelares.

Resolución de 24.2.1997, Expte. MC 19/96, AENOR.

Resolución de 26.9.1997, Expte. MC 23/97, Cajas Rurales 3.

En la primera Resolución se especifican con claridad qué requisitos deben reunir la adopción de medidas cautelares de acuerdo con la ley: a) que se haya incoado por el SDC el correspondiente expediente sancionador (principio de accesoriadad respecto del expediente principal); b) que se aprecie prima facie en el expediente que se están causando perjuicios 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 -fumus boni iuris- y peligro por la demora -periculum in mora-); c) que exista una propuesta del Servicio, bien de oficio, bien a instancia de los interesados; d) que se dé audiencia a los interesados (principio contradictorio); e) que se adopten en un plazo muy breve y con simplificación de trámites (procedimiento sumario y de urgencia); f) que las medidas adoptadas no ocasionen perjuicios irreparables ni violen 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.

6.2.4. Pruebas ilícitas.

Resolución de incidente de 30.7.1997, Expte. MC 18/96, Telefónica.

Los actos administrativos que produce el TDC con sus Resoluciones tienen además especial singularidad que los diferencia de los actos administrativos clásicos.

Aquella diferencia se deriva, tanto de la especialidad de la materia, ya que la LDC responde al objetivo específico de garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, debiendo concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca con el artículo 38 CE (Exposición de Motivos LDC), como la de los órganos a los que se encomienda la aplicación de esta normativa: TDC con funciones de resolución y también de propuesta y SDC al que se señalan las funciones de instrucción y vigilancia. Este doble órgano administrativo tiene especial singularidad, apartándose de los tradicionales que aplican el derecho sancionador administrativo "tanto por la especial complejidad de la materia como por la precisión de dotar al sistema de la independencia necesaria respecto de la Administración".

6.2.5. Plazo de vigencia de las medidas cautelares.

Resolución de 22.12.1997, Expte. MC 25/97. Tabacalera/McLane 2.

Se pregunta esta Resolución cómo debe computarse el plazo de vigencia de las medidas cautelares que se adopten al amparo de lo dispuesto en el artículo 45 LDC.

A este respecto el Tribunal considera que si bien el artículo 45 no contiene ninguna indicación sobre cuándo empieza a contarse el plazo de duración de las medidas cautelares, el sentido de las mismas -que no es otro que anticipar en cierta medida la resolución para preservar su eficacia futura y evitar que se perpetúe en el mercado una distorsión de la competencia que resulta contraria al interés público- lleva inexorablemente a interpretar que el cómputo de dicho plazo se iniciará a partir de la fecha de notificación de la Resolución, salvo que en la misma se establezca una fecha cierta (por ejemplo, un plazo de diez días a contar de la notificación). Por otra parte, de no ser así, el cumplimiento de la medida cautelar quedaría al arbitrio del infractor, con lo que perdería toda su eficacia.

En esta misma línea, la Ley 30/1992 establece, en su artículo 48, las siguientes reglas en materia de cómputo de plazos: si el plazo se fija en meses, éstos se computan de fecha a fecha (nº 2). En este caso los plazos se

contarán a partir del día de la notificación del correspondiente acto, salvo que en él se disponga otra cosa (nº 4).

6.3. Expedientes de autorización.

6.3.1. Condición resolutoria en autorización.

Resolución de 13.1.1997, Expte. A 190/96, Morosos Consignatarios de Barcelona 2.

En varias ocasiones el TDC ha tenido que pronunciarse sobre si cabe otorgar autorizaciones cuando los estatutos aún no cumplen con la LDC. En este sentido las autorizaciones singulares se someten a una condición resolutoria de que las modificaciones estatutarias se produzcan en los términos de las Resoluciones del TDC.

6.3.2. Pruebas ilícitas.

Resolución de 7.7.1997, Expte. A 209/97, Fichero Asnef-Sic.

En un expediente de solicitud de autorización, si se trata de una modificación tan sustancial que haya que considerar que se trata de una solicitud radicalmente diferente, habría que concluir que el Tribunal no debería pronunciarse sobre ella. Debe iniciarse la tramitación de un nuevo expediente ante el Servicio pues, de no ser así, podría llegar a otorgarse una autorización sin que hubiera tenido lugar la primera fase de la tramitación, que incluye entre otros aspectos la emisión de informes preceptivos y la publicación en el BOE para que cualquier interesado alegue aquello que a su derecho convenga.

Por el contrario, si se estima que la modificación introducida en la fase ante el Tribunal no es sustancial y no cambia el sentido de la autorización solicitada, puede continuarse el expediente.

6.4. Expedientes de recurso.

6.4.1. Proceso probatorio.

Resolución de 13.1.1997, Expte. R 172/96, B.P.Oil España.

Se analiza por el TDC si en la práctica de la prueba en los expedientes de recurso existe o no un verdadero proceso probatorio, tal como está regulado por el artículo 40 LDC. Se argumenta que sólo excepcionalmente se ha admitido la práctica de prueba por el Tribunal cuando la información obrante en el expediente no le permite disponer de los elementos necesarios para fundar su decisión y éstos no pueden ser aportados por las partes (Auto de 13.5.1996).

6.4.2. Instrucción e información reservada.

Resolución de 16.1.1997, Expte. r 173/96, Instituto Catalán de Inspección y Control.

La Resolución del TDC debió resolver como cuestión procedimental la diferencia entre abrir una información reservada e instruir un expediente con proceso contradictorio. En este caso el Servicio había realizado una verdadera instrucción sin abrir expediente. La información reservada está regulada en el artículo 36.2 LDC y permitía al Servicio (artículo 17 de su Reglamento) tener abierto durante 30 días el procedimiento pero no tiene por objeto "verificar, en lo posible, la realidad de los hechos". El TDC razona que los hechos sólo pueden fijarse mediante un procedimiento contradictorio, en el que las partes tengan la posibilidad de hacer alegaciones y practicar pruebas. No obstante, sentada aquella regla general en el caso que se analiza y al tener las partes la oportunidad, en la tramitación ante el Tribunal, de conocer las actuaciones del Servicio, de proponer prueba y valorar la practicada, y al no haber alegado que en la tramitación del Servicio se hubiese visto afectado el derecho de defensa, debía entenderse que el defecto procedimental había quedado subsanado.

6.4.3. Pliego de concreción de hechos. Indefensión.

Resolución de 16.1.1997, Expte. r 171/96, Unión Explosivos 2.

En este caso se alega indefensión contra una Providencia del Instructor del expediente. El TDC manifiesta que las garantías fundamentales del artículo 24.1 de la Constitución Española son de aplicación al procedimiento administrativo sancionador como ha declarado expresamente el Tribunal Constitucional (Sentencia de 8.6.1981). El artículo 47 LDC establece que los actos de archivo y de trámite del Servicio que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión son recurribles ante el Tribunal en el plazo de diez días.

La Providencia del Instructor es un acto de trámite que no determina la paralización del expediente ni produce indefensión porque, de acuerdo con el artículo 37.1 LDC, los hechos que puedan ser constitutivos de infracción han de recogerse en un pliego de concreción de hechos que se deben notificar a los presuntos infractores. Por ello hay que diferenciar entre el pliego de concreción de hechos como único acto que define la acusación y a las personas imputadas y la simple existencia de denuncia y posterior Providencia de Instrucción. Cuando no se formulan cargos, no ha lugar a defenderse y, por lo tanto, no cabe la indefensión.

6.4.4. Inadmisión, archivo y recurso.

Resolución de 29.1.1997, Expte. r 177/96, Placas de Matrícula.

Se plantea en este caso la procedencia o improcedencia de la vía elegida por el recurrente para impugnar la decisión por la que se inadmite una denuncia. El Servicio consideraba que el acto recurrido era un acto administrativo de la Subdirección General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia en la que no se encontraban indicios de infracción de la LDC. Para el SDC, contra estos actos sólo cabría el recurso ordinario regulado por el artículo 114 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El recurrente sin embargo no aceptaba tal tesis y entendía que el recurso que correspondía era el del artículo 47

LDC, en el que se dispone que los actos de archivo así como los de trámite del Servicio que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión serán recurribles ante este Tribunal. El TDC en consideración a que la cuestión ya había sido discutida y resuelta en la Resolución de este Tribunal de fecha 17.12.1996 (Expediente r 176/96, Prestaciones Penitenciarias) decide que aunque en hipótesis pudieran existir denuncias de cuyo contenido se deduce que ni tan siquiera de forma indiciaria se refieren a conductas prohibidas por la LDC, en tales casos no merece la pena abrir una información reservada.

De acuerdo con el procedimiento de la LDC en estos casos y para respetar los derechos de los interesados a saber si van a ser o no sancionados, el SDC debe inadmitir la denuncia (artículo 1.3) o archivar las actuaciones. En tales situaciones, estos actos ya impiden la continuación del expediente por lo que según el artículo 47 LDC cabe interponer recurso ante el Tribunal.

6.4.5. Fase preliminar de un expediente: Instrucción sumaria.

Resolución de 7.3.1997, Expte.r 191/96, Autoescuelas de Tenerife.

Cuando el SDC procede a resolver sobre un expediente, o más bien sobre su archivo o apertura, hay que analizar si los hechos denunciados son o no constitutivos de una infracción de la legislación de defensa de la competencia. Para realizar tal análisis el Servicio si no ve indicios de infracción archivará sin más trámites. Por el contrario, si se considera que los hechos denunciados son aparentemente constitutivos de una infracción antes de proceder a la incoación de expediente, puede, aunque no siempre es obligado, practicar una “investigación sumaria y preliminar” para comprobar si los hechos denunciados coinciden con la realidad y si son subsumibles en las conductas tipificadas. Si se incoa el expediente es necesario proceder a una instrucción contradictoria o, en caso contrario, archivar.

6.4.6. Conflicto de jurisdicciones y TDC.

Resolución de 31.3.1997, Expte. R 189/96, Resopal.

En este caso el TDC analiza una aparente dualidad de jurisdicciones para resolver una cuestión planteada. Se afirma la competencia del TDC para enjuiciar los casos que afecten a la competencia si existe un interés público. La resolución afirma que la posible discrepancia entre la jurisdicción civil y el Tribunal -y la jurisdicción contenciosa que revisa sus decisiones- en el enjuiciamiento de unos mismos hechos, ha sido abordada por el Tribunal, entendiendo que la apreciación de si se ha infringido o no la LDC corresponde al órgano específico que la propia LDC prevé, que es el Tribunal; que la LDC sólo condiciona la actuación del Tribunal cuando los hechos son objeto de un procedimiento comunitario -artículo 25- o de un proceso penal -artículo 55-; y que una sentencia dictada en un proceso civil, inspirado esencialmente en el principio dispositivo -en cuanto dirigido a la satisfacción de pretensiones privadas- y en el que no ha tenido ninguna intervención el TDC, no debe impedirle el ejercicio de la competencia que tiene atribuida por la Ley 16/1989 y que es irrenunciable (artículo 6 LPA, hoy artículo 12.1 Ley 30/1992).

6.4.7. Principio de contradicción.

Resolución de 26.5.1997, Expte. r 215/97, Tabacalera.

La Resolución analiza hasta qué punto puede esgrimirse la indefensión cuando se habla de un procedimiento de medidas cautelares en contraposición con un procedimiento sancionador. El artículo 47 LDC se refiere a los actos que causan indefensión y que refrenda lo dispuesto con carácter general por el artículo 24 CE. Éste es un principio que debe estar presente en los procesos judiciales y también es exigible en los procedimientos administrativos.

Para que exista indefensión no basta sólo con citarla sino que es preciso que la imposibilidad de que exista un proceso contradictorio se extienda durante la totalidad de la tramitación y que, por lo tanto, el acto que genere o limite derechos haya sido dictado sin que una parte haya podido exponer sus razonamientos inaudita parte o, por decirlo de otra forma, continúa

argumentando el TDC, que los actos de trámite no sean susceptibles de producir indefensión si en posteriores momentos y antes de dictarse la correspondiente resolución la parte tiene la posibilidad de argumentar sus pretensiones.

En el procedimiento de medidas cautelares la sumariedad y provisionalidad son la regla, el principio de contradicción ha de tener necesariamente un alcance diferente al que tiene en el procedimiento sancionador principal. Se sienta como doctrina el que en estos procedimientos el principio de contradicción queda considerablemente limitado, lo cual no sería admisible en un procedimiento sancionador.

6.4.8. Pruebas ilícitas.

Resolución de 11.6.1997, Expte.r 219/97, Perfumerías Catalanas.

La tramitación de una información reservada constituye un procedimiento sumario, inquisitivo y no contradictorio, en el que es bastante que el Servicio únicamente indague los elementos idóneos para fundar el acuerdo de incoar el expediente o el archivo, procediendo este último cuando el Servicio no advierta indicios racionales de que hayan tenido lugar conductas prohibidas.

6.4.9. Información reservada y fijación de hechos.

Resolución de 11.6.1997, Expte.r 212/97, Comercial Potasas.

En esta Resolución se concretó la diferencia que existe entre las consecuencias de una información reservada y la apertura de un procedimiento. La Resolución afirma que como consecuencia de una información reservada -procedimiento inquisitivo y no contradictorio- el Servicio no puede afirmar la certeza de los datos obtenidos y de los hechos sobre los que pidió información. El Servicio únicamente puede hacerlo después del procedimiento contradictorio que sigue a la incoación del expediente, el cual es la garantía prevista por la Ley para la fijación de los hechos y por ello un derecho de todos los interesados.

6.4.10. No recurribilidad de los actos de mera tramitación.

Resolución de 10.7.1997, Expte.r 205/97, Freixenet/Castellblanch.

Según esta Resolución, apoyada en el artículo 47 LDC, los actos de archivo y de trámite del Servicio que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión, serán recurribles ante el Tribunal en el plazo de diez días. Lógicamente, como era el caso, si para los denunciados no se había formulado todavía el pliego de concreción de hechos de infracción en el que habrían de recogerse, en todo o en parte, los hechos denunciados por el recurrente, ni se había producido tampoco el sobreseimiento del expediente o, en su caso, la acusación, no podía hablarse con propiedad de la existencia de pruebas de cargo o exculpación ocultas ni, por tanto, tampoco es aceptable que se hubiera producido o se pudiera producir ningún tipo de indefensión ni a los denunciados ni a los denunciadores.

6.4.11. Requerimiento de información e información reservada.

Resolución de 23.7.1997, Expte. r 213/97, Arquitectos Madrid.

Se alegaba que el mero hecho de solicitar una información para comprobar la veracidad de unos hechos podía suponer indefensión. No es del parecer del TDC que estima que, más bien al contrario, el requerimiento de información realizado por el SDC en el contexto de una información reservada, no pone fin ni imposibilita la continuidad de ningún procedimiento administrativo, ya que constituye un mero trámite tendente a contrastar la veracidad de la denuncia para determinar si se procederá al archivo de la misma, o se incoará un expediente sancionador. No produce indefensión porque, desde un punto de vista formal, al no haberse admitido a trámite la denuncia, ni haberse incoado, por tanto, un expediente sancionador, no cabe hablar de inculcados ni de lesión de los derechos de defensa; y, porque, desde un punto de vista material, la finalidad del acto que se combate es precisamente la contraria: ofrecer al denunciado la garantía de que no se verá sometido a un procedimiento sancionador en virtud de una denuncia que no ha sido suficientemente contrastada.

6.4.12. Plazos y lugar de entrega de instancias.

Resolución de 24.7.1997, Expte. r 216/97, Transformadores Eléctricos.

Para determinar si un recurso está presentado fuera de plazo, la fecha de la que hay que partir no es la fecha de entrada en el TDC o en el Servicio ya que es válido si se presenta en plazo por correo certificado en la oficina de Correos, lo que está en conformidad con el artículo 38.4.c) de la Ley 30/92, que establece que las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones Públicas podrán presentarse en las oficinas de Correos.

6.4.13. Límites de acceso al expediente y confidencialidad.

Resolución de 29.7.1997, Expte. R 185/96, Radio Fórmula.

En este caso se hace una interpretación amplia y generosa del derecho a la defensa, de modo que ante la confidencialidad no quede limitado, aunque es cuestión de valoración en cada caso. Por ello se afirma que los derechos de defensa no solamente pertenecen al denunciado, sino también al denunciante, que tiene interés en que se prohíba una conducta contraria a la competencia, por lo que la limitación de su acceso al expediente, debida a la declaración de confidencialidad de determinados documentos, debe ser la menor posible y siempre de forma justificada.

6.4.14. Actuación fuera de plazo y notificación.

Resolución de 12.9.1997, Expte. R 197/97, Shell España.

En este caso se analiza qué ocurre en el periodo intermedio en el que el plazo otorgado por la Administración ha concluido pero todavía no se ha notificado. En defensa del ciudadano se ha optado por entender que cabe realizar actuaciones por parte del interesado. Así pues, y según dispone el artículo 76.3 de la Ley 30/1992, si bien es cierto que a los interesados, que no

cumplimenten los trámites en los plazos señalados al efecto, se les podrá declarar decaídos en su derecho, sin embargo, la Administración admitirá sus actuaciones, las cuales producirán plenos efectos legales, si se produjeran antes o dentro del día en que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo.

6.4.15. Denegación de prueba e indefensión.

Resolución de 16.9.1997, Expte. r 247/97, COAM.

Resolución de 13.10.1997, Expte. r 251/97, Azúcar.

En estas Resoluciones se efectúa una interpretación restrictiva del derecho de proponer pruebas y de su correspondiente aceptación. Cuando, por ejemplo, una Providencia por la que se deniega una prueba realizada durante la instrucción del expediente se alega que provoca indefensión, el TDC mantiene que es un acto de trámite que no determina la paralización del expediente ni produce indefensión. En el mismo sentido se pronuncia la segunda Resolución que aunque reconoce la libertad del Servicio otorgada en el artículo 37 se encuentra contenida entre los límites que impone el artículo 47; es decir, y en lo que afecta al caso presente, la amplia autonomía de que ha de gozar el Instructor para la realización, aceptación y denegación de pruebas, ha de tener el límite de no producir indefensión. Pero no es menos cierto que un acuerdo de denegación de prueba que se formula durante la instrucción del expediente es un trámite que no determina la paralización del mismo ni produce indefensión y, en consecuencia, no es recurrible.

6.4.16. Denominación de un recurso.

Resolución de 16.9.1997, Expte. r 231/97, Caja Postal.

Sucedee en ocasiones que el denunciante califica el recurso de forma errónea bien sea de manera intencionada o por ignorancia. En tales casos sólo cabe por aplicación de la ley tratar el recurso como su verdadera naturaleza jurídica impone. Por ello, con independencia de la calificación que el recurrente dé a su recurso, si se trata de un recurso de los contenidos en el artículo 47 LDC,

no puede entenderse que la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común haya modificado el contenido de dicho precepto. La única posible actuación del Servicio es remitir el expediente al Tribunal para su resolución.

6.4.17. Denunciante e interesado.

Resolución de 6.11.1997, Expte. r 256/97, Notarios.

En esta Resolución se explica la diferencia existente entre ser parte interesada y ser denunciante. La condición de denunciante es sustancialmente distinta de la de parte interesada, por cuanto que el denunciante, aunque tenga reconocida cierta intervención en el procedimiento que su denuncia provoque, no por ello se constituye en parte.

El denunciante, por el mero hecho de serlo, no adquiere la condición de interesado, ya que para ser interesado deben concurrir otras circunstancias. No obstante, hay que tener en cuenta que aunque formalmente sea así, la amplitud del concepto de interesado que da la LRJAPPAC va a suponer que se le conceda la condición de interesado sin entrar en más detalles analíticos. Así, y en el caso de los procedimientos administrativos sancionadores, una de las manifestaciones de este proceso se pone de manifiesto si se compara el contenido del artículo 23 de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 con el equivalente artículo 31 de la citada LRJAPPAC, ya que en este último texto legal las referencias a que el interés haya de ser directo han desaparecido, y, en consecuencia, se deduce que, aun cuando el interés sea indirecto o más tenue, debe reconocerse la condición de interesado sin que la condición de denunciante pueda suponer un agravio a ello.

6.4.18. Suspensión pendiente de dictamen de la Comisión Europea.

Resolución de 14.11.1997, Expte. r 234/97, Relojes Joya 2.

Se plantea en este caso el tempus de la suspensión. Para la continuación de un procedimiento en suspenso bastaría con que se alzara la suspensión. Pero en este caso se producía una imposibilidad por tener ésta carácter indefinido.

Asimismo, la suspensión, de prolongarse indefinidamente, podía generar indefensión al denunciante, si no se previera ninguna actuación correctora de la Providencia dictada por el Instructor.

En este caso se optó por una solución temporal para impedir que el denunciado estuviera en una situación de inseguridad e indefensión. La fórmula escogida fue ordenar al Servicio que solicitara a la Comisión Europea un dictamen provisional sobre la posibilidad de que se concediese una exención. Máxime esta solución debía aceptarse dado el largo tiempo transcurrido. Además, por aplicación supletoria de la LRJAPPAC, se tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 83 que permitía, en determinadas circunstancias, la evacuación de la consulta en un plazo superior al general de 10 días. El Servicio, quedaba emplazado para señalar a la Comisión un plazo prudencial que, por aplicación del derecho interno, no podría ser superior a tres meses, advirtiéndole que si transcurrido el mismo la Comisión no emite su dictamen provisional, la suspensión habría quedado sin efecto y continuaría la tramitación del expediente.

6.4.19. Falta de poder.

Resolución de 27.11.1997, Expte. r 246/97, Asnef-Equifax 4.

En relación con los defectos subsanables se sostiene que la falta de poder del abogado es un defecto subsanable.

6.4.20. Conflicto de aplicabilidad procedimental entre la LDC y la LRJAPPAC. (Supletoriedad/ Subsidiariedad/ Caducidad).

Resolución de 9.12.1997, Expte. r 257/97, Interflora 2.

Un conflicto que se produce habitualmente, dada la diferente filosofía en que se inspiraba en materia procedimental la LDC y los principios derivados de la LRJAPPAC, es el de resolver en caso de duda o laguna cuál es el procedimiento aplicable según la interpretación de cada Ley. En relación con este asunto se afirma contundentemente que la LDC es una Ley especial que en su artículo 50 señala la supletoriedad de la LRJAPPAC. Por su parte, la

Ley 30/1992, sustitutoria de la anterior, establece en el apartado 3 de la Disposición derogatoria que "se declaran expresamente en vigor las normas, cualesquiera que sea su rango, que regulen procedimientos de las Administraciones Públicas en lo que no contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley". Por tanto, resulta evidente que la LDC sigue en vigor en sus aspectos procedimentales en todo lo que no se oponga a la LRJAPPAC, siendo ésta supletoria de la anterior.

La LDC establece que "el procedimiento se inicia por el Servicio de oficio o a instancia de parte interesada, lo que es casi idéntico al artículo 68 LRJAPPAC y en nada se opone a él. Por otra parte, aunque el artículo 11.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, señala que "los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio", éste no puede derogar las modalidades de iniciación del procedimiento establecidas en la LDC.

Hay que tener en cuenta que el procedimiento de la LDC, además de su vertiente pública, incluye, en la mayoría de los casos, la salvaguardia de un interés privado, por lo que, dada la posibilidad de denuncia, en la que el denunciante tenga un interés legítimo y sea considerado como parte en el expediente, dilucidándose un interés privado, no es de extrañar que la iniciación del mismo pueda ser a instancia de parte interesada.

Otro tema que se planteaba en el expediente era que la LDC establece un mecanismo para la solicitud de responsabilidad extracontractual de forma que "la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa (por Resolución de este Tribunal) y, en su caso, jurisdiccional." De ello se deduce que si los interesados quieren ejercitar acciones de resarcimiento precisan de resolución del Tribunal y la caducidad impediría el ejercicio de las mismas. El expediente que se comenta había sido iniciado por medio de denuncia, y al tener el denunciante interés legítimo, se le consideraba interesado en el mismo y siendo el procedimiento susceptible de producir efectos favorables para los ciudadanos interesados, como era el caso, se decidió la no aplicación del artículo 43.4 LRJAPPAC (sólo generalmente aplicable "cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos

favorables a los ciudadanos") y, por lo tanto, no lo es el plazo de caducidad establecido en el Reglamento que la desarrolla.

Se discutía si procedía o no declarar la caducidad por el transcurso de los plazos, decidiéndose que no era lógico por las siguientes argumentaciones. Respecto a la caducidad por inactividad del interesado, según la LRJAPPAC no juega o no puede caducar un procedimiento cuando existe simultáneamente un interés público a proteger. Así, el artículo 92.4 LRJAPPAC señala "no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general...". Tampoco, se razonaba, sería aplicable el artículo 43.4 LRJAPPAC a los procedimientos sancionadores de la LDC. El criterio de la razonabilidad es importante para dirimir ciertas cuestiones ya que la aplicación pura y simple de la ley con plazos breves y tasados, haría absurda la aplicación a este procedimiento del plazo de 6 meses establecido en el R.D. 1398/93, que está previsto para actuaciones generales de las Administraciones Públicas en el ámbito sancionador. Es principio general del derecho el que no se pueda por aplicación de la ley llegar a resultados absurdos o no queridos por el legislador. Por ello, parece más razonable, como se exponía en la Resolución, que se aplicaran los plazos que la LDC establece para cada uno de los trámites y que constituyen un equilibrio de garantías para las partes en litigio, asegurando el derecho de contradicción y la igualdad de armas, que hacen imposible que el procedimiento pueda finalizar en su fase administrativa en el plazo de seis meses previsto como norma general por el R.D. 1398/1993.

6.4.21. Desistimiento y continuación del procedimiento.

Resolución de 16.12.1997, Expte. r229/97, Leganés Motor/Volkswagen.

Resolución de 18.12.1997, Expte. A 149/95 Zontur.

No en todas las ocasiones en que el interesado desiste se ha de tener por concluso el procedimiento. En ocasiones, como explica la Resolución que se comenta, cabe la continuación. Así, si se aplica el artículo 87.1 de la Ley 30/1992, que es, como ya se ha visto, supletoria de la LDC, cuando no hubiera en ésta previsiones al respecto (artículo 50 LDC), es posible, entre las distintas causas que ponen fin al procedimiento, el desistimiento.

Tal causa está configurada en el artículo 90 de la Ley 30/1992, como una facultad del interesado. No cabe que la Administración se oponga. En efecto, el artículo 91 de la Ley 30/1992 establece que la Administración aceptará de plano el desistimiento y declarará concluso el procedimiento, salvo que se hubieran personado en el mismo terceros interesados que instasen su continuación o cuando la cuestión suscitada entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición o esclarecimiento. En tales situaciones y en defensa de los intereses de terceros, el mandamiento es oponerse a la no continuación y proseguir las actuaciones.

V. CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

A lo largo del año 1997 recayeron diversas Sentencias en recursos interpuestos contra Resoluciones dictadas al amparo de la Ley 110/1963, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia. Estas Sentencias fueron dictadas por el Tribunal Supremo, normalmente en recursos acumulados interpuestos tanto contra el Acuerdo del Consejo de Ministros imponiendo multas, como interpuestos ante la Audiencia Nacional contra la Resolución del Tribunal.

Por otra parte, también recayeron Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional, éstas en recursos contencioso-administrativos interpuestos contra Resoluciones del Tribunal dictadas al amparo de la LDC.

1. Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional.

La Sentencia de 22.1.1997 desestima los recursos acumulados interpuestos por varios de los condenados por la Resolución del Tribunal de 30.7.1992 en la que se declaró la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 LDC y se imponían determinadas multas a la Asociación de Concesionarios de Automóviles Intermarcas de Madrid (ACIMA) y determinados concesionarios de automóviles de la marca Ford, conductas consistentes en el acuerdo de ACIMA de negociar para sus miembros con las compañías de seguros un acuerdo para la reparación de vehículos, y en el acuerdo de diversos concesionarios de automóviles Ford de utilizar exclusivamente el tarifario de la marca para el cálculo del importe de sus servicios.

La Sentencia recuerda que el artículo 1 LDC sanciona las actuaciones que "tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional" y, por lo tanto, resulta intrascendente que se cobraran o no los precios convenidos, pues para que se produzca la sanción basta el acuerdo para establecerlos.

Por Sentencia de 24.1.1997, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional se desestimó el recurso interpuesto por Renfe contra la Resolución del Tribunal de 13.10.1993 que estimó un recurso interpuesto contra un acuerdo de archivo dictado por el Servicio. En la Resolución se

consideraba que la actuación de Renfe de cobrar la misma cantidad por recorridos tan diferentes como Navacerrada-Cercedilla (10 kms.) y Navacerrada-Madrid (70 kms.) podía suponer un abuso de posición dominante. La Sentencia comentada considera que el recurrente tiene la condición de interesado en tanto que usuario de la línea. Por otra parte se señala que la Resolución recurrida se limita a revocar una orden de archivo del Servicio por resultar indicios de abuso de posición dominante y que la incoación del expediente no prejuzga el resultado del mismo.

La Sentencia de 7.2.1997 desestima el recurso interpuesto contra el Auto del TDC de 19.5.1987 surgido en un incidente sobre ejecución de una previa Resolución. Considera la Sentencia que se comenta que las multas coercitivas previstas en la Ley 110/1963 no pueden considerarse como una sanción autónoma, sino que es un instrumento de ejecución forzosa de un acto administrativo previo.

La Audiencia Nacional, en Sentencia de 14.2.1997, desestimó el recurso interpuesto contra la Resolución del Tribunal de 30.6.1993 por la que se desestimó el recurso interpuesto contra un acuerdo del Servicio de archivo de una denuncia interpuesta contra la Estación de Esquí de Cerler por considerar que no existían indicios de infracción de los artículos 1 y 6 LDC.

La Sentencia de 21.3.1997 desestima el recurso interpuesto contra la Resolución del Tribunal de 6.5.1994 por el que se estimaba el recurso contra un acto del Servicio de archivo de una denuncia interpuesto por Ausbanc contra la Confederación Española de Cajas de Ahorro. Los hechos denunciados se basaban en una práctica concertada consistente en el establecimiento en los contratos de préstamo hipotecario que suscriben las Cajas de Ahorro de un mismo tipo de referencia para efectuar la variación del tipo de interés aplicable al préstamo. La Sentencia comentada mantiene que el TDC ha actuado de acuerdo con la finalidad que la Ley asigna a los órganos de defensa de la competencia y que el hecho de ordenar la apertura del expediente no prejuzga su resultado.

Dos Sentencias de 24.3.1997, al igual que lo habían hecho las de 19.5.1995 y 26.1.1996 y 27.3.1996, desestiman el recurso interpuesto contra la Resolución de 8.7.1992 (Aceites): la Audiencia Nacional confirma los criterios del TDC, entre otros extremos, los relativos a la existencia de un grupo empresarial que actúa en el mercado bajo una voluntad única, en cuyo supuesto no puede prevalecer la personalidad jurídica de cada una de las empresas integrantes del grupo. Por otra parte, se señala que no existe falta de tipicidad de la conducta, sancionada a tenor

de lo previsto en el artículo 7 LDC, porque este precepto da cobertura legal a la infracción, si bien existen conceptos que han de integrarse bien con la delimitación que de los mismos realizan otras normas jurídicas, bien con el sentido usual o técnico de los mismos.

La Sentencia de 14.5.1997 desestima el recurso interpuesto por la denunciante contra la Resolución de 16.6.1993. Otras dos sentencias anteriores (de 17.11.1994 y 3.6.1996) habían anulado la Resolución en sendos recursos interpuestos por las denunciadas. La Sentencia considera, de acuerdo con las tesis del TDC que la conducta de determinadas Agencias de Viajes que organizan viajes por autobús a Toledo consistente en detener sus autobuses ante determinados almacenes de artesanía no constituye una conducta atentatoria de la competencia, pues es una lícita manifestación de la libertad empresarial.

La Audiencia Nacional en Sentencia de 14.5.1997 desestima el recurso interpuesto por Telefónica contra la Resolución de 3.6.1993 que estimó parcialmente un recurso interpuesto por 3C Communications contra un acto del SDC de sobreseimiento. El Tribunal ordenó la continuación de la instrucción y la redacción de un pliego de concreción de hechos que pudieran ser constitutivos de infracción. La primera cuestión planteada consiste en determinar si la Resolución es susceptible de recurso por no constituir un acto definitivo ni decidir el fondo del recurso, ni imposibilitar la continuación de la vía administrativa. La Audiencia considera que el primero de los pronunciamientos del Tribunal (ordenar la continuación del expediente) no constituye un acto definitivo, pero sí lo es el segundo (redacción de un pliego de concreción de hechos).

La Sentencia de 28.5.1997 desestima el recurso interpuesto contra la Resolución de 17.9.1993 (INTERCAN) por la que se denegaba la autorización solicitada para la constitución de una conferencia marítima. Se analiza en esta Sentencia si las conferencias marítimas están autorizadas por el artículo 84 de la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante de 24.11.1992 y, por lo tanto, no infringen la LDC por estar amparadas legalmente, a tenor de lo previsto en el artículo 2.1 de la misma LDC. La Audiencia Nacional considera: 1º) Las conferencias marítimas están autorizadas por Ley; 2º) La autorización es limitada porque la actuación de las conferencias no puede ni suponer la eliminación de la competencia sobre partes sustanciales del mercado ni crear situaciones dominantes; 3º) El TDC tiene encomendada la garantía del orden económico constitucional; 4º) El TDC puede

controlar si la actuación de las conferencias elimina la competencia o crea situaciones dominantes.

La Sentencia de 28.5.1997 inadmite el recurso interpuesto contra la Resolución del TDC de 12.5.1992 (COPECAN) que ordenó la instrucción de un expediente de revocación de una autorización previamente concedida. Se fundamenta la inadmisión en que la incoación de un expediente no crea ni derechos ni obligaciones para los interesados y por lo tanto debe considerarse un acto de trámite no susceptible de recurso contencioso-administrativo.

Otra Sentencia de la misma fecha (28.5.1997) desestima el recurso interpuesto contra la Resolución de 13.5.1993 que revocó la autorización concedida a COPECAN para la constitución de una conferencia marítima, por los mismos argumentos de la Sentencia de la misma fecha recaída en el expediente INTERCAN.

La Sentencia de 12.6.1997 estima el recurso interpuesto por una denunciada contra la Resolución de 16.6.1993 (Artesanía Toledo). Con anterioridad se habían estimado dos recursos interpuestos por otras dos denunciadas (Sentencias de 17.11.1994 y 3.6.1996) y desestimado el interpuesto por la denunciante (Sentencia de 14.5.1997).

Por Sentencia de 17.9.1997 la Audiencia Nacional desestimó los recursos interpuestos contra las Resoluciones recaídas en los expedientes MC 4/91 y MC 5/92 (Fútbol por televisión) por las que autorizaba a todas las cadenas de televisión a emitir resúmenes de los partidos de fútbol, con independencia de que tuvieran o no acuerdos suscritos con la LNFP. Considera la Sentencia que en el supuesto de hecho concurre el requisito de periculum in mora, y que el hecho de aprobar otras medidas idénticas a las inicialmente aprobadas una vez concluido el plazo de seis meses previsto en la Ley no infringe la LDC.

La Sentencia de 24.9.1997 desestima el recurso interpuesto por Telefónica contra la Resolución de 1.2.1995 que declaró la existencia de una conducta prohibida por el artículo 6.2.c) LDC, consistente en la negativa y retraso injustificados de suministro de líneas telefónicas a 3C Communications. En la Sentencia se analiza que no existía justificación para la negativa de suministro y que al tener Telefónica posición dominante se incide en una conducta abusiva de posición de dominio.

La Sentencia de 6.10.1997 desestima el recurso interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria contra la Resolución

de 10.11.1992 por la que se estimó un recurso contra un acuerdo del SDC de archivo de una denuncia. Considera la Audiencia que al tratarse de un acuerdo de incoación de un expediente, es preciso analizar si concurren dos extremos: 1) indicios racionales de la producción de una falta restrictiva de la competencia y 2) falta de autorización de la conducta.

La Sentencia de 10.10.1997 desestima el recurso interpuesto contra la Resolución de 29.7.1993 por la que se declaró que la conducta de la Cofradía de Pescadores de Cariño de obligar a vender en Lonja todo el pescado descargado en puerto constituía un abuso de posición dominante.

Por Sentencia de 20.10.1997 se desestima el recurso interpuesto contra la Resolución del TDC de 2 de febrero de 1988 que desestimó a su vez un recurso presentado contra un acto del Servicio de inadmitir una denuncia que se basaba en el hecho de que determinados oftalmólogos de Elche presionaban a sus clientes para que adquirieran sus gafas en determinada óptica. Considera la Audiencia, como antes habían hecho el Servicio y el Tribunal, que tales hechos, realizados por quien no tiene posición de dominio, no infringen la Ley 110/1963.

La Sentencia de 12.11.1997 desestimó el recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro contra la Resolución de 20.11.1992 que sancionó como conducta contraria al artículo 1 LDC la orden de abstención de sus colegiados en un concurso de ideas para la construcción de un polideportivo. Se argumenta en la Sentencia que el Reglamento interno de los Colegios Oficiales de Arquitectos para los concursos de arquitectura no está incluido en los Reglamentos a que se refiere el artículo 2.1 LDC.

Por dos Sentencias de 29.11.1997 se desestiman otros tantos recursos interpuestos contra la Resolución de 25.5.1993 (Faconauto) que declaró que una recomendación colectiva de fijación de precios de mano de obra en la reparación de vehículos constituía una práctica prohibida por el artículo 1.1.a) LDC. Entre los argumentos de la Audiencia puede destacarse que las conductas que prohíbe la LDC, pueden ser realizadas por cualquier agente económico, término que incluye no sólo a las empresas sino a todos los que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado; por otra parte, se añade que tales conductas pueden ser realizadas tanto de forma dolosa como culposa.

La Sentencia de 11.12.1997 desestima el recurso interpuesto contra la Resolución de 11.7.1994 que estimó un recurso contra un acto de archivo del Servicio de la denuncia presentada por la Unión de Cirujanos Taurinos contra el Colegio Oficial de Médicos de Avila. La Sentencia comentada considera que no se trata de determinar si han existido prácticas restrictivas, sino que la Resolución recurrida se limita a acordar que se practique una determinada investigación.

Finalmente, la Audiencia Nacional en el Sentencia de 16.12.1997 desestimó el recurso interpuesto por la Asociación de Navieros Españoles contra la Resolución de 26.9.1994 que, a su vez, desestimaba un recurso contra un acuerdo de sobreseimiento dictado por el Servicio. En la Sentencia comentada se considera que los acuerdos de reducción de deudas bancarias en un sector en crisis no suponen una infracción de la LDC y, en todo caso, podría enfocarse el asunto desde la perspectiva de las ayudas públicas a que se refiere el artículo 19 LDC.

2. Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo.

Durante el año 1997 recayeron un conjunto de Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en recursos interpuestos contra Resoluciones del Tribunal y Acuerdos del Consejo de Ministros que aplicaban los preceptos de la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963.

La Sentencia de la Sala Tercera de 26.12.1996 fue la primera que desestimó un recurso interpuesto por un condenado contra las Resoluciones del Tribunal de 24.8.1990 y 8.7.1991, y del Consejo de Ministros de 6.9.1991 y 8.5.1992, recaídos en el expediente 265/90, Productores de Pollos.

En línea con esa sentencia, el 20.1.1997 se dictaron dos nuevas Sentencias que desestimaron los recursos interpuestos por otros dos condenados y confirmaron las Resoluciones del Tribunal y los Acuerdos del Consejo de Ministros imponiendo sanciones. En estas sentencias se desestimaron las alegaciones de los recurrentes relativas a la prescripción y caducidad del expediente y se declara acreditada la existencia de las conductas colusorias. En fechas 16, 17, 19 y 26 de septiembre y 22 de octubre (dos Sentencias) recayeron nuevas Sentencias que desestimaron otros tantos recursos interpuestos por otros sancionados.

En la Sentencia de 17.3.1997 se confirman los acuerdos del Consejo de Ministros de 16.5.1990 y 13.7.1990, y las Resoluciones de 26.10.1989 y 15.2.1990 (expediente 244/89, Cajas de Seguridad) al considerar que había existido un acuerdo de reparto territorial de mercado entre la empresa recurrente y otras dos.

La Sentencia de 24.3.1997 desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra los acuerdos del Consejo de Ministros de 21.9.1990 y 25.1.1991 que impusieron una multa de 50 millones de pesetas, a propuesta de la Resolución del Pleno del Tribunal de 19.7.1990 a la Asociación de Distribuidores e Importadores Cinematográficos de Ámbito Nacional (ADICAN). Entre sus fundamentos jurídicos se rechaza la pretensión de la Asociación recurrente relativa a la no aplicación de la LDC a su actuación por no tratarse de una empresa. Frente a esta alegación, el Tribunal Supremo estima que la Asociación "ha actuado, de hecho, como operador económico y, por lo tanto, su responsabilidad no viene determinada por su actividad mercantil, sino por haber impulsado, gestionado y propiciado las prácticas que, con todo acierto, ha considerado el Tribunal que vulneran la libre competencia y la transparencia del mercado".

La Sentencia de 16.6.1997 desestima el recurso interpuesto por la Sociedad General Española de Librería, Diarios, Revistas y Publicaciones (SGEL) contra los acuerdos del Consejo de Ministros de 31.7.1992 y 12.4.1993, que impuso a la actora y otros determinadas multas por haber realizado determinadas prácticas restrictivas de la competencia. La Sentencia establece que las prácticas colusorias son sancionables "siendo irrelevante que el resultado de impedir, falsear o limitar la competencia constituya el objeto de tales acuerdos o sea un efecto no pretendido por los mismos". La actividad infractora en materia de competencia "puede ser cometida intencionadamente o por negligencia".

La Sentencia de 28.7.1997 recaída en el expediente "Libros de texto" desestima los recursos interpuestos contra la Resolución del TDC y estima los que se interpusieron contra el Acuerdo del Consejo de Ministros imponiendo determinadas multas. Se considera en los fundamentos jurídicos que con el texto de la Ley de 1963 se da a "entender la total independencia que existe entre los aspectos competitivos y los sancionadores, regidos unos y otros por diferentes criterios, de tal forma que, aun produciéndose un acto atentatorio a la libre competencia, ello no significa sin otro aditamento que se dé el reproche punitivo del mismo".

En la Sentencia de 15.9.1997 se desestima el recurso interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministros en el que se imponían determinadas multas en el asunto "Prensa del corazón". La sanción estuvo motivada en la concertación de precios entre distintas empresas editoras de publicaciones del sector de prensa del corazón.

Las Sentencias de 6.10.1997 y 5.11.1997 desestimaron los recursos interpuestos contra Resoluciones del TDC de 4.7.1988 y 1.12.1988 y los acuerdos del Consejo de Ministros de 31.3.1989 y 25.8.1989, por los que, respectivamente, se declaraba la existencia de una práctica prohibida de la que eran autoras las empresas editoras de diversos periódicos, consistente en la fijación concertada de un precio idéntico para sus suplementos dominicales y se imponían determinadas multas a cada una de esas empresas. Las Sentencias admiten que la prueba de presunciones sirve para fundamentar una condena, y que en este supuesto la presunción deriva de dos datos: a) la identidad y simultaneidad del precio de los dominicales y b) la pertenencia de la gran mayoría de las empresas del sector a la Asociación de Editores de Diarios Españoles (AEDE), lo que ha propiciado los contactos entre ellas y desembocado en la concertación o el acuerdo.

Consideran igualmente las Sentencias comentadas que el hecho de que en el sector de la prensa el precio no sea el factor más importante en la elección del lector, no puede negársele toda influencia en la misma, por lo que incide de manera negativa en la competencia.

VI. CONCENTRACIONES ECONÓMICAS.

En el año 1997 el Servicio estudió 19 expedientes de notificación voluntaria de operaciones de concentración económica de los cuales el Ministro de Economía y Hacienda remitió siete al Tribunal para su dictamen.

El Tribunal dictaminó tres expedientes pues los otros cuatro fueron remitidos a finales del año, con lo que los correspondientes dictámenes se realizaron en los primeros meses de 1998.

1. Expedientes recibidos y resueltos en el año 1997.

Durante el año 1997 se emitieron dictámenes sobre las siguientes operaciones de concentración: C 24/97 Entrecanales-Cubiertas, C 25/97 Johnson-Schmalbach y C 26/97 Ura-Legrand.

Concentración C 24/97, Entrecanales-Cubiertas.

Se trataba de una operación de fusión por absorción que suponía la extinción de Entrecanales y Távora S.A. (Entrecanales) y Eur S.A. (Sociedad holding controlada por la familia Entrecanales) con la consiguiente transmisión de sus respectivos patrimonios sociales a Cubiertas y M.Z.O.V. S.A. (Cubiertas), sociedad que adquiriría por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas. El grupo resultante actuaría bajo la denominación de Acciona.

Los grupos empresariales que se concentraban estaban presentes en un gran número de mercados. Tomando en consideración la situación preexistente se distinguían tres tipos de situaciones: En primer lugar, las actividades en las que Cubiertas y Entrecanales operaban conjuntamente antes de la fusión mediante sociedades participadas por ambas empresas (gestión de aparcamientos, generación eléctrica y handling aeroportuario); en segundo lugar, las actividades en las que sólo estaba presente una de las empresas, como eran las de servicios financieros, alimentación, elaboración y comercialización de vinos y gestión de centros comerciales y, finalmente, aquellas actividades en las que ambos grupos habían

actuado independientemente (construcción y sus servicios conexos, inmobiliaria, y tratamiento de residuos), que eran en las que presumiblemente la operación tendría unos efectos más relevantes y, particularmente, en la de la construcción, ya que tanto en los ámbitos inmobiliario como de tratamiento de residuos las cuotas alcanzadas por Acciona eran reducidas. Además, la actividad de construcción era la principal para ambas empresas.

Por todo ello, el mercado de producto afectado por la operación de concentración, definido en su sentido más amplio, era el de la construcción y, en sentido más estricto, el de la construcción de obra civil; en particular, el de los grandes proyectos. En cuanto al ámbito territorial del mercado relevante se consideró, a pesar de la creciente importancia de las operaciones internacionales, el territorio español.

Las empresas notificantes, como resultado de la concentración, pasaron a convertirse en el primer operador del mercado de la construcción de obra civil, ostentando una cuota de mercado de en torno al 8 por ciento. La cuota de mercado conjunta de las cuatro mayores empresas del mercado se incrementó en tres puntos, pasando del 36 al 39 por ciento.

Las principales barreras de entrada al mercado eran los requisitos exigidos a las empresas para contratar y participar en las licitaciones oficiales. Además, en las licitaciones de obras en el extranjero se exigen a menudo requisitos de carácter técnico y económico-financiero que sólo pueden alcanzar determinadas empresas de gran dimensión.

El Tribunal consideró que existían elementos compensatorios del poder de mercado de las empresas concentradas, como eran: la elevada concentración de la demanda, la creciente apertura al exterior de las economías nacionales, y la existencia de un número suficiente de operadores que cumplieran con los requisitos exigidos para concurrir. Asimismo, se consideró que un mayor rigor en el pago por parte de las Administraciones Públicas a las empresas estimularía la competencia en el mercado de la construcción de la obra civil.

Se valoró que la operación de concentración permitía mejorar la posición competitiva de las empresas, tanto en el mercado nacional como en el internacional, y respondía a una tendencia contrastada en otros países cuyo objetivo es el redimensionamiento de las unidades productivas ante los retos de la internacionalización de la actividad constructora. Los potenciales efectos adversos de la operación sobre las relaciones

con los proveedores no permitían concluir que aquélla debiera prohibirse ni condicionarse, por lo que el Tribunal dictaminó que resultaba adecuado no oponerse a la misma.

El Gobierno decidió no oponerse a la operación de concentración, por Acuerdo de Consejo de Ministros del día 27.6.1997 (O.M. de 11.7.1997, BOE 26.7.97).

Concentración C 25/97, Johnson-Schmalbach.

La operación notificada consistía en la adquisición por la compañía alemana Schmalbach-Lubeca AG de la totalidad de las acciones de una filial de la española Johnson Controls España S.A. (del grupo multinacional Johnson Controls Inc), llamada Johnson Controls Plastics S.A., que se dedica a la fabricación de envases del plástico denominado polietileno terphalato (Pet). Como la adquirente Schmalbach tenía una filial en España -Continental Pet España S.A.- que se dedicaba también a la fabricación del mismo producto, la operación significaba que la sociedad comprada perdía la autonomía con que venía actuando, desapareciendo como empresa independiente.

El Tribunal consideró como mercado relevante de producto el de los envases de Pet, rechazando la delimitación, más amplia, que en una primera aproximación habían hecho los notificantes que lo definían como el de los envases para productos líquidos y semilíquidos destinados al consumo humano. Se consideró como mercado geográfico relevante la Península Ibérica.

El Tribunal valoró que se trataba de un mercado emergente en el que no existen barreras que dificulten la entrada de nuevos oferentes atraídos por una demanda creciente -el Pet tiende a generalizarse para productos que todavía se envasan en otros materiales- y por el aumento de la producción de la materia prima (granza) en España. De hecho, había dos fabricantes de preformas que pronto iniciarían la producción, y una notable capacidad instalada ociosa, siendo posible el recurso a la importación -el coste del transporte representa alrededor del 7% del valor de la preforma-. Se consideró que el mercado tiene capacidad suficiente para reaccionar eficazmente ante un endurecimiento de los precios o condiciones de venta.

En suma, si bien la concentración suponía un aumento de la cuota de mercado de Schmalbach-Continental y la desaparición de un oferente, teniendo en cuenta la

próxima entrada de dos nuevos fabricantes y, en general, la elevada contestabilidad del mercado, el Tribunal consideró que, si bien a corto plazo algunos clientes se encontrarían en una situación de dependencia, Schmalbach-Continental no alcanzaba una posición que le permitiese determinar las condiciones de comercialización del producto con independencia de los demás operadores, de modo que no resultaba obstaculizado el mantenimiento de una competencia efectiva.

Por ello, el Tribunal dictaminó que resultaba adecuado no oponerse a la operación notificada pero con la condición de que la cláusula de no competencia que en ella se incluía quedase reducida a 3 años y, exclusivamente, a los envases afectados directamente por esta operación; esto es, los envases de Pet; y a que Continental Pet España S.A. comunicase trimestralmente al Servicio, durante un año, el precio y condiciones de venta de sus preformas y botellas.

Dichas condiciones se recogieron en el Acuerdo tomado en el Consejo de Ministros del día 27.7.87, publicado por Orden de 1.8.97 (BOE 12.9.97), donde se aprobó la operación de concentración subordinada a la observación por parte de la adquirente de las siguientes condiciones:

"1. La duración de la cláusula de no competencia contenida en el contrato de compraventa de las acciones se limitará a tres años y dicha cláusula se referirá exclusivamente a los envases afectados directamente por esta operación, esto es, los envases de Pet.

2. Continental Pet España, Sociedad Anónima, comunicará trimestralmente al Servicio de Defensa de la Competencia, durante un año, el precio y condiciones de venta de sus preformas y botellas."

Concentración C 26/97, Ura-Legrand.

La operación de concentración consistía en la adquisición de la empresa Ura Sistemas de Seguridad S.L., perteneciente a la sociedad Saft S.A. (Saft) del Grupo Alcatel-Alsthom, por parte de la compañía Legrand S.A. (Legrand). Según el acuerdo suscrito por las partes, Saft vendía a Legrand, a nivel mundial, el conjunto de sus actividades de alumbrado de emergencia y de alarmas de incendio. De esta forma, Legrand adquiriría las sociedades Lumatic y Ura en Francia, E. Hansson & Co. Ab en

Suecia, Ura Sistemas de Seguridad S.L. en España y Minitronics en Australia, sociedades todas ellas filiales de Saft.

El Tribunal consideró que el mercado de producto relevante para la operación era el de las luminarias para alumbrado de emergencia. Dicho mercado incluye los bloques autónomos, los kits de conversión y los sistemas centrales. Como ámbito geográfico del mercado, a pesar de que distintos elementos ponían de manifiesto la progresiva europeización del mismo, el hecho de que para tener acceso a este mercado son fundamentales los contactos profesionales y el conocimiento de la red de distribución nacional (85-90 por ciento de la ventas de estos productos se realizan a través de almacenistas y entre el 10-15 por ciento a través de la venta directa), y que las demandas para entrega en tiempo y el asesoramiento técnico constituyen elementos importantes para obtener y mantener a la clientela, la proximidad geográfica de las instalaciones del fabricante a los almacenistas parecía constituir una ventaja competitiva substancial. Tales razones condujeron a considerar la definición más estrecha del mercado, es decir, el español, ya que de no detectarse problemas significativos en dicho ámbito geográfico, los efectos de la operación serían incluso menores al considerar el mercado europeo.

Se valoró la existencia de elementos compensatorios del poder de mercado de las empresas concentradas, a saber: el carácter estandarizado del producto, que incorpora un sencillo know-how facilitando la posibilidad de entradas de nuevos competidores; la escasa atomización de la demanda, en concreto del segmento de distribución mayorista y almacenaje, constituido por empresas de dimensión media, la progresiva desaparición de los obstáculos al comercio y la existencia de un número suficiente de operadores que cumplen con los requisitos exigidos para concurrir. Por otra parte, la operación de concentración permitía mejorar la posición competitiva de las empresas, tanto en el mercado nacional como en el internacional, y respondía a una tendencia contrastada en otros países cuyo objetivo es el redimensionamiento de las unidades productivas ante los retos de la internacionalización de la actividad. Tampoco eran de esperar efectos adversos de la operación sobre las relaciones con los proveedores ya que éstos operan en mercados abiertos. Este era el caso del de las baterías o acumuladores, principal componente de las luminarias para alumbrado de emergencia.

En el acuerdo de compraventa, existían cláusulas que establecían acuerdos que constituían restricciones accesorias a la operación. Entre ellos, un acuerdo de no competencia por un plazo de cinco años.

Por ello, el Tribunal dictaminó que resultaba adecuado no oponerse a la operación de concentración, condicionándola a que se modificase la cláusula de no competencia, contenida en el contrato de compra-venta, en el sentido de que su plazo no superase en ningún caso los tres años.

En tal sentido fue aprobada la operación en el Consejo de Ministros celebrado el día 29.8.1997. Acuerdo cuya publicación se dispuso mediante O.M. de 20.10.1997 (BOE 7.11.1997).

2. Operaciones pendientes de informe al termino del año 1997.

Las operaciones de concentración C 27/97 Ibetasa-Luzenac, C 28/97 Unilever-Ingranasa, C 29/97, Procter & Gamble-Tambrands y C 30/97 Sara Lee-Reckitt & Colman se encontraban en tramitación ante el TDC al finalizar el año 1997.

VII. INFORMES SOBRE LA APERTURA DE GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES.

Durante el año 1997 ha continuado desarrollándose la nueva labor consultiva del Tribunal consistente en informar, con carácter preceptivo pero no vinculante, las solicitudes de instalación de los grandes establecimientos comerciales sometidos a la licencia comercial específica de las Administraciones Autonómicas, según dispuso la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM).

En efecto, en el año 1997 han sido finalizados sesenta y tres expedientes (cuarenta y tres en 1996), de los que cuarenta y siete han concluido mediante la emisión del correspondiente informe favorable (treinta en 1996). En tan sólo un supuesto -GS 70/97 (Pryca/Alicante)- el Tribunal se ha mostrado contrario a la instalación, como posteriormente se explicará. En quince ocasiones el Tribunal ha considerado que no procedía emitir informe (once en 1996), debido a la razón esencial de la falta de datos -a veces se desconocía hasta el sector comercial al que pertenecía el proyecto- o por referirse la solicitud a la instalación de centros comerciales, cuando el Tribunal interpreta que su informe solamente es exigible para los grandes establecimientos, entendiendo dicho concepto como el de tienda, local o comercio de un solo titular.

El mayor número de expedientes en 1997 ha correspondido a Cataluña (once); seguida de Madrid (diez); Extremadura y País Vasco (seis cada una); Castilla La Mancha, Castilla y León y Comunidad Valenciana (cinco cada una); Asturias (cuatro); Andalucía (tres); Aragón, Murcia y Navarra (dos cada una); Galicia y La Rioja (uno cada una). No hubo ningún expediente procedente de las Comunidades de Baleares ni de Cantabria.

Sobre el contenido de los informes emitidos hay que señalar que el Tribunal se ha limitado a analizar los efectos de los nuevos establecimientos sobre la libre competencia. Por esta razón, resulta lógico que todos los informes menos uno hayan resultado favorables ya que, en principio, como es natural, cuanto mayor sea el número de establecimientos la competencia será más intensa, con la excepción de que la solicitud se refiera a la apertura de un establecimiento en una zona en la que existan de forma exclusiva o con presencia hegemónica otros establecimientos de la misma empresa. En este supuesto, los informes señalan que existe el peligro de que se refuerce la posición de dominio de la empresa presente en el mercado, lo que

constituirá un riesgo mayor de abuso de dicha posición, por lo cual sería preferible que el nuevo gran establecimiento no perteneciera a la misma empresa o grupo de empresas existentes en la zona, además de resultar evidente que los efectos positivos para la competencia son siempre mayores si quien se instala en un determinado territorio es un competidor.

Como se ha señalado, el informe del expediente GS 70/97 (Pryca/Alicante) ha supuesto una excepción entre los informes emitidos. Se trata de la instalación de un establecimiento de esa enseña en la ciudad de Alicante, donde no existe ninguna gran superficie del tipo hipermercado. Ahora bien, en la misma comarca existían otros dos únicos establecimientos de este tipo, ambos de la enseña Pryca. Con estos antecedentes, el Tribunal ha considerado que “la existencia conjunta y única de tres grandes establecimientos de una misma marca da lugar a una cuota elevada de mercado en la zona de influencia y puede actuar como barrera de entrada a potenciales competidores”. Como consecuencia de ello y al tener noticia, por un lado, de la existencia de otros dos establecimientos también de empresas líderes de la competencia que tienen solicitado instalarse en la zona y, por otro, de que el Gobierno de la Generalidad Valenciana había aprobado un Plan de Acción Territorial de Comercio, muy restrictivo para la implantación de grandes superficies -especialmente en Alicante-, el Tribunal informó temporalmente de forma desfavorable el nuevo proyecto, si bien el informe podría reconsiderarse en el momento en el que se instalen en la zona de influencia otros grandes establecimientos de compañías distintas a la ya existente.

En definitiva, la conclusión más importante de este breve análisis de la intervención del Tribunal en 1997 en el régimen de instalación de grandes establecimientos comerciales es que, pese al indudable carácter favorable de sus informes, la discrecionalidad decisora que otorga el artículo 6 de la LOCM a las Comunidades Autónomas, junto con los planes de urbanismo o de equipamiento comercial -que suelen tener más de comercial que de urbanísticos- y las moratorias en la concesión de las licencias comerciales específicas, están suponiendo con gran frecuencia auténticas barreras legales de acceso a la actividad comercial, fundamentalmente de los hipermercados. En consecuencia, la expansión de estas empresas tiene lugar últimamente y de forma relevante mediante adquisiciones y alianzas entre compañías, tanto de hipermercados como de supermercados, por razones a las que contribuye, sin duda, el hecho de que estas operaciones no requieren licencia comercial específica de la Administración Autonómica. El resultado es una mayor concentración sectorial y la desaparición de algunos operadores.

Por último, hay que señalar que en las solicitudes de informes suelen faltar todavía los datos relativos al grupo al que pertenece el establecimiento de la empresa que se instala, su composición e implantación en la zona de influencia. Tales datos son relevantes para analizar el impacto de la posible posición de dominio del mercado a nivel local y comarcal, especialmente por el hecho señalado de que los mencionados grupos líderes son cada vez más complejos.

VIII. ACTIVIDAD CONSULTIVA Y DE PROPUESTA.

1. Informes solicitados por el poder judicial.

I 33/97. Juzgado de 1ª Instancia nº 29 de Barcelona (menor cuantía 788/96-D). Si las tarifas de la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) que en la base imponible incluyen los ingresos por publicidad de las emisoras de radio son contrarios al artículo 86 del Tratado C.E.

I 35/97. Juzgado de 1ª Instancia nº 63 de Madrid (menor cuantía 2/97). Si las tarifas por debajo del coste y las ayudas públicas en emisiones de TV son contrarias a la libre competencia (Menor cuantía: SGAE contra Telemadrid).

I 36/97. Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Osuna (menor cuantía 149/96). Sobre condiciones de exclusiva en la venta de carburantes a Estaciones de Servicio, a la luz del Reglamento C.E. 1984/93 y R.D. 157/1992 (Menor cuantía: Cepsa y Cepsa Estaciones de Servicio contra Los Montes SCA).

I 41/97. Juzgado de 1ª Instancia nº 23 de Barcelona (menor cuantía 381/96). Certificar si un producto de abono (Alexin-95) tiene precio libre o tiene que ser fijado.

2. Otros informes.

2.1. Artículos 2 y 26 LDC.

I 34/97. Confederación Nacional de Asociaciones Empresariales de Fontanería, Gas, Mantenimiento y Afines (CONAIF). Si una campaña publicitaria de Repsol Butano sobre revisión de bombonas de butano atenta a la libre competencia.

- I 37/97. Asociación de Empresarios de Fontanería, Saneamiento, Gas, Calefacción, Climatización, Mantenimiento y Afines de Madrid (ASEFOSAM). Precio orientativo en campaña publicitaria, con empresas suministradoras de gas y la Administración, sobre revisión de instalaciones de gas natural y G.L.P.
- I 38/97. Organización de Consumidores y Usuarios (OCU). Prohibición de consumir en las salas de cine productos no adquiridos en el interior de sus recintos.
- I 39/97. Ayuntamiento de Lleida. Sistemas de adjudicación de parcelas en las Ferias (por subastas o por convenio con la Asociación de Feriantes).
- I 40/97. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO). Concurrencia concertada por las empresas del sector (Viajes Iberia, Viajes Halcón y Viajes Barceló) en concurso público para optar a la financiación parcial de un programa de vacaciones para la tercera edad y subcontratar a otra (Mundosocial A.I.E.) la ejecución del programa adjudicado.
- I 42/97. Fomento del Trabajo Nacional. Aspectos contrarios a la libre competencia del Plan de Viabilidad y de Modernización del Sector del Taxi en Barcelona.
- I 43/97. Colegio Oficial de Psicólogos. Si el sistema de libre elección de psicólogos, en el campo de las adopciones internacionales, y su sustitución por un turno relativo fijo, afecta a la libre competencia.

2.2. Comisión de Subsecretarios y Consejo de Ministros.

Proyecto de R.D. por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Satélite.

Anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres.

Borrador de Anteproyecto de Ley General de las Telecomunicaciones.

Proyecto de RR.DD. por los que se establecen los márgenes correspondientes a los almacenes mayoristas por la distribución de especialidades farmacéuticas de uso humano y a la dispensación al público de especialidades farmacéuticas de uso humano.

Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de las Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos.

Proyecto de R.D. por el que aprueba el Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora en Ondas Métricas con modulación de frecuencia.

Anteproyecto de Ley por la que se regula la prestación del servicio de televisión por ondas terrestres de cobertura autonómica.

Proyecto de R.D. por el que se aprueba un incremento de frecuencias para gestión indirecta de emisoras dentro del Plan Técnico Nacional de Radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia.

Anteproyecto de Ley creando el Consejo General de Colegios Oficiales de Podólogos.

Anteproyecto de Ley por la que se liberalizan las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica.

Borrador de modificación de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, del RJAP y del PAC.

Proyecto de R.D. que desarrolla el artículo 62 Ley Orgánica del Comercio Minorista relativo a la regulación del régimen de franquicia y se crea el registro de franquiciadores.

Proyecto de Real Decreto relativo a la aplicación en España de las Reglas de Competencia.

R.D. por el que se refunde y armoniza la normativa de promoción y estímulos a la Cinematografía y se dictan normas para la aplicación de lo previsto en la Disp. Adic. 2ª de la Ley 17/94, de 8 de junio.

Anteproyecto Ley Del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.

Informe sobre Propuesta R.D. por el que se establecen las condiciones de acceso de terceros a las instalaciones de recepción, regasificación, almacenamiento y transporte de gas natural.

Proyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (Ley Acompañamiento). Disposiciones s/ la Ley de Defensa de la Competencia.

Anteproyecto de Ley sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y las Telecomunicaciones por las que se incorporan al Ordenamiento Españolas las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE.

Proyecto de R.D. por el que se modifica el Estatuto del Ente Público "Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea", aprobado por R.D. 905/91, de 14-6, y modificado por R.D. 1993/96, de 6-9.

Anteproyecto de Ley Reguladora del Servicio Público de Televisión Autonómica.

Anteproyecto de Ley del Sector de Hidrocarburos.

2.3. Varios.

Mercasa. Pacto de repercusión en precios y competencia desleal en el Convenio Colectivo Nacional para las Empresas de Seguridad 1994 (artículo 76).

Gobierno de Navarra (Dpto. de Salud). Borrador de Anteproyecto de Ley Foral de Atención Farmacéutica.

Dirección General IV Bruselas. Recursos contra las decisiones del TDC y de la Audiencia Nacional.

Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia.
Conflicto jurisdiccional con diversos Juzgados en expediente 1630/97 del
Servicio.

IX. RELACIONES INSTITUCIONALES.

1. Relaciones internacionales.

Durante 1997, el Tribunal ha continuado las relaciones de colaboración con las autoridades de competencia de la Comisión de las Comunidades Europeas y Estados Miembros de la Unión Europea, así como con las autoridades de terceros países, en particular latinoamericanos.

Durante el año 1997, el Tribunal recibió la visita de D. Alfredo Bullard, Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de Perú, de D. Luis Alberto Soto, Vicepresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia argentino, y de Dña. Beatriz Boza, Presidenta del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección Intelectual (INDECOPI) y Presidenta de la Comisión de Promoción del Perú (PROMPERU). Y una misión del Fondo Monetario Internacional (FMI), con motivo de la elaboración del informe anual sobre España.

Han realizado pasantías en el Tribunal 1 funcionario de la autoridad de defensa de la competencia peruana y 4 funcionarios de la autoridad colombiana.

El día 3.3.1997, el Presidente del Tribunal viajó a Bruselas para mantener una reunión con el Vicepresidente de la Comisión Europea, D. Manuel Marín González. El objeto de la reunión consistía en transmitir al Vicepresidente de la Comisión el interés de las autoridades de competencia españolas para promover el diseño de un programa de cooperación de la Comisión con Latinoamérica en aspectos relacionados con la libre competencia.

El día 4.3.1997, el Presidente del Tribunal asistió en Bruselas a la primera de las dos reuniones de Directores Generales de Competencia que se celebraron en 1997. En esta primera reunión dos temas fueron objeto de una especial atención: la Comunicación de la Comisión sobre los Acuerdos de Menor Importancia; y, el Libro Verde sobre Restricciones Verticales. La segunda reunión tuvo lugar el día 1.10.1997 y se trataron, entre otros temas, los siguientes: los trabajos que estaba realizando la Dirección General IV sobre restricciones verticales; la cooperación entre los Estados Miembros y, entre éstos y la Comisión, en relación con el intercambio de información confidencial; el Proyecto de Acuerdo de Asistencia Mutua entre Estados Unidos y la

Unión Europea sobre intercambio de información confidencial en cuestiones antimonopolio; el papel de las empresas públicas de cara a la competencia; y, los programas de asistencia técnica a los países de América Latina y la cuenca del Mediterráneo.

Los días 19 a 28 de mayo, el vocal del Tribunal D. Ricardo Alonso y la Subdirectora de Estudios D^a . Isabel Sánchez, viajaron a Bolivia para dirigir e impartir un curso de formación para funcionarios que desarrollan su actividad en las agencias y organismos de defensa de la competencia de países latinoamericanos. Dicho curso fue organizado por la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), el Sistema Económico Latinoamericano (SELA) y el Tribunal. El curso, al que asistieron 18 alumnos pertenecientes a 14 países (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, España, Méjico, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela) contó con la participación como ponentes de 8 altos cargos de las instituciones de competencia de Colombia, Chile, España, Méjico, Perú y Venezuela. La sesión de clausura corrió a cargo del Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia español.

Los días 27 y 28 de octubre, el Presidente y el Vocal del Tribunal D. Jesús Rubí viajaron a Berlín para asistir a la VIII Conferencia Internacional sobre Competencia.

Finalmente, habida cuenta de la importancia que concede el Tribunal a las reuniones que periódicamente se celebran en el seno de la OCDE, el Subdirector de Informes sobre Concentraciones, Adquisiciones y Ayudas Públicas, asistió en 3 ocasiones a las reuniones de los Grupos de Trabajo números 1 (Competencia y Comercio), 2 (Desregulación) y 3 (Cooperación) del Comité de Derecho de la Competencia y Política de Competencia.

2. Otras actividades.

El día 19.5.1997, el Presidente del Tribunal compareció ante la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados en atención a su solicitud para que esta autoridad comunicara su opinión sobre el Proyecto de Ley Reguladora de las Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos. El día 9.6.1997, el Presidente del Tribunal comparecía ante la Comisión Constitucional del Senado para informar sobre este mismo Proyecto de Ley. Posteriormente, el día

30.6.1997, el Tribunal comparecía ante la Comisión de Industria, Comercio y Turismo del Senado para informar sobre los procesos de concentración de empresas en el sector eléctrico.

Finalmente, el Tribunal mantuvo reuniones con distintos sectores económicos con objeto de recabar información para la elaboración sus informes con propuestas para la eliminación de todas aquellas normas restrictivas de la competencia.