

Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia

(Expediente 471/99, Odontólogos Córdoba)

■ En Madrid, a 5 de octubre de 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Señor Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 471/99 (1825/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, en lo sucesivo, el Servicio) iniciado por denuncia de la Asociación de Empresas de Servicios Médicos de Córdoba y Provincia (ASEMPUR) contra la Junta Provincial de Córdoba del Colegio Regional de Odontólogos y Estomatólogos, por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la imposición de limitaciones a las clínicas odontológicas para su publicidad en las «Páginas Amarillas» de la Guía Telefónica.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 18 de junio de 1998 tuvo entrada en el Servicio denuncia de ASEMPUR contra la Junta Provincial de Córdoba del Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de la IV Región por supuestas conductas prohibidas por la LDC, consistentes en la imposición de condiciones a las clínicas odontológicas para su publicidad en las «Páginas Amarillas», limitando el tamaño del anuncio, su contenido y el logotipo de la clínica que deberá ser aprobado por la Junta Directiva del Colegio.

2. El 8 de agosto de 1998 se publicó, en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA)*, la segregación de la Junta Provincial de Odontólogos de Córdoba del Colegio Oficial de la IV Región, y su constitución como Colegio Oficial independiente. En consecuencia, debe entenderse que la denuncia y el expediente se dirigen contra el recién creado Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Córdoba, que se ha subrogado en todos los derechos y obligaciones de la antigua Junta Provincial.

3. Por Providencia de 24 de septiembre de 1998, el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación del oportuno expediente por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la LDC, nombrando Instructor y Secretaria de Instrucción y dando traslado a las partes interesadas de la Providencia de incoación y del escrito de denuncia (folio 45).

4. A la vista del Código regulador de la publicidad personal de los Odontólogos y Estomatólogos, elaborado por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos y aprobado por el pleno de Presidentes del citado Consejo General en su sesión de 16 de febrero de 1996, por Providencia del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de fecha 7 de enero de 1999 se procedió a la ampliación de la admisión a trámite, incoando también expediente contra el CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE ODONTOLOGOS Y ESTOMATOLOGOS (folios 183 y 184).

5. Con fecha 11 de febrero de 1999 el Servicio formuló el Pliego de Concreción de Hechos en el que se llega a las siguientes conclusiones:

«En consecuencia, la aprobación por el Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de un «Código Regula-

dor de la Publicidad», cuyo contenido establece prohibiciones y limitaciones a la publicidad de los servicios profesionales de los colegiados (apartados 3.º y 4.º de los HECHOS), facultando a los respectivos Colegios para dictar al respecto las normas adicionales que consideren oportunas (apartado 2 de los HECHOS) podría constituir una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la LDC en relación con el artículo 2.4 de la Ley 2/1974 de la que se considera responsable al ILUSTRE CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE ODONTOLOGOS Y ESTOMATOLOGOS.

Por otra parte, la elaboración por el correspondiente COLEGIO DE ODONTOLOGOS Y ESTOMATOLOGOS DE CORDOBA de unos Estatutos en los que, asimismo, se establecen prohibiciones y limitaciones a la publicidad de los servicios profesionales de los colegiados (apartados 6.º y 7.º de los HECHOS), así como el contenido de la circular 27/97 (apartado 9.º de los HECHOS), en el que se limitaba el tamaño y el contenido de los anuncios a insertar en las páginas amarillas podrían constituir conductas prohibidas por el artículo 1.1 de la LDC en relación con el artículo 2.4 de la Ley 2/1974 de las que se considera responsable al ILUSTRE COLEGIO OFICIAL DE ODONTOLOGOS Y ESTOMATOLOGOS DE CORDOBA.

Por último, la aplicación coactiva de dichas normas por los órganos colegiales a los profesionales que las incumplan (apartados 5.º y 8.º de los HECHOS), podría constituir, igualmente, una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la LDC de la que se considera responsable al ILUSTRE CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE ODONTOLOGOS Y ESTOMATOLOGOS Y al ILUSTRE COLEGIO OFICIAL DE ODONTOLOGOS Y ESTOMATOLOGOS DE CORDOBA».

6. Los días 5 y 15 de marzo de 1999 el Colegio y el Consejo, respectivamente, presentaron sendos escritos de alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos.

7. Declaradas concluidas las actuaciones, la Instructora procedió a redactar el informe previsto en el artículo 37.3 de la Ley 16/1989. En dicho informe, de fecha 1 de octubre de 1999, se propone al Tribunal, entre otros pronunciamientos, lo siguiente:

Primero. Que el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1.1 de la LDC, imputable al Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos, consistente en la aprobación por dicha entidad, en su sesión plenaria ordinaria de 16 de febrero de 1996, de un denominado Código Regulador de publicidad personal, que contiene determinadas prohibiciones y limitaciones, según se recogen en el Pliego de Concreción de Hechos.

Segundo. Que, asimismo, el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1.1 de la LDC, imputable al Ilustre Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Córdoba, consistente en la elaboración de sus Estatutos, en la reunión del Comité Ejecutivo celebrada el 16 de abril de 1998 y en la emisión de la Circular 27/97, ambos documentos conteniendo determinadas prohibiciones y limitaciones, según se recogen en el Pliego de Concreción de Hechos.

8. Recibido el expediente en el Tribunal el 5 de octubre de 1999, mediante Providencia de 21 siguiente se acordó, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 LDC, admitir a trámite el expediente y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1 LDC, ponerlo de manifiesto a los interesados para que pudieran solicitar la celebración de Vista y proponer las pruebas que estimaran necesarias.



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

9. Recibidos los escritos de los interesados, por Auto de 2 de junio de 2000, el Tribunal decidió tener por aportada la prueba documental que obra en el expediente, que se uniera al mismo la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al comercio electrónico en el Mercado Interior, poner de manifiesto el resultado de la prueba practicada, así como conceder plazo a los interesados para que formularan conclusiones. El Tribunal rechazó la prueba propuesta por el Consejo y el Colegio de que se efectuara, por el Ministerio de Economía y Hacienda, un estudio de mercado en el que se definiera el relevante de producto y geográfico, por considerar innecesaria y desproporcionada dicha prueba.

10. Ambas partes imputadas evacuaron el trámite. El Consejo alegó, en síntesis, que existen normas con rango de Ley (la Ley General de Publicidad, la Ley General de Sanidad y la Ley de Colegios Profesionales) que autorizan a los Colegios Profesionales a regular la publicidad, limitándola y sometiéndola, en determinados casos, a autorización previa y que, además, está justificadísimo en un sector tan esencial para el ciudadano y el paciente como es la protección del derecho a la salud. En este sentido, el Servicio debió haber archivado el expediente, por estar la conducta imputada autorizada legalmente. En definitiva, el Código Regulador, aprobado por el Consejo General en febrero de 1996, tuvo por objeto y efecto, en ese momento, liberalizar parcialmente la publicidad de los dentistas, sin que nada obligara a acometer la total liberalización. En la actualidad (de hecho, desde abril de 1997) el Código está derogado, lo que no significa, no obstante, que la liberalización sea total (que, por otra parte, tampoco es deseable dada la índole de los servicios prestados por los dentistas y sus efectos sobre la salud), teniendo en cuenta que son numerosas las Comunidades Autónomas que someten a autorización previa cualquier tipo de publicidad sanitaria. Por último, alega que los efectos restrictivos de la competencia, en caso de haberse producido, no son apreciables, por lo que, subsidiariamente, solicita que no se le imponga multa, teniendo en cuenta, además, la escasa duración de la práctica y la controversia que existía sobre la normativa aplicable a los Colegios Profesionales.

El Colegio, en esencia, reiteró lo alegado ante el Servicio con los mismos argumentos manifestados por el Consejo. Así, al igual que éste, muestra su respetuosa protesta por la inadmisión por el Tribunal de la prueba solicitada de la definición del mercado relevante y la importancia del elemento publicitario en el mismo, por lo que el expediente carece de prueba de cargo.

11. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este expediente en su sesión del día 13 de septiembre de 2000, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.

12. Son interesados:

- Asociación de Empresas de Servicios Médicos de Córdoba y Provincia (ASEMPUR)
- El Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Córdoba
- El Consejo General de los Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España.

HECHOS PROBADOS

1. El Consejo General de los Colegios de Odontólogos y Estomatólogos es el supremo órgano rector de la profesión, según establece el Estatuto-Reglamento para la Reorganización de los Colegios Oficiales de Odontólogos (O. de 13 de noviembre de 1950 y O. 26 de marzo de 52, refundidas). En la sesión plenaria ordinaria de dicho Consejo celebrada el 16 de febrero de 1996, se aprobó un denominado «Código Regulador de la Publicidad Personal de los Odontólogos y Estomatólogos» en el que se establecieron las condiciones en que los citados profesionales podían realizar publicidad de sus servicios (folios 168 a 176).

2. El artículo 2 de dicho Código considera «Publicidad lícita sin necesidad de autorización

(...)

b) *La colocación en la entrada del inmueble donde esté instalada su clínica, así como en la puerta de ésta o cerca de ella, de un rótulo o placa indicadora de la consulta, con unas dimensiones y características que debe fijar el respectivo Colegio»*

c) *La constancia de su condición de Odontólogo o Estomatólogo en las guías telefónicas, de fax, telex o análogas, así como en las guías profesionales nacionales o extranjeras editadas al efecto, y en las guías sanitarias de la prensa ordinaria, siempre atendiendo a las normas adicionales que dicte su respectivo Colegio o, en su defecto, el Consejo General.»*

3. El artículo 3 del mismo Código dispone:

«1. *Queda prohibida aquella publicidad que, en atención al medio en el que es transmitida, atente contra los principios enunciados en este Código.*

2. *A modo enunciativo se consideran atentatorios de la dignidad profesional la utilización como soporte del mensaje publicitario de hombres-bocadillo, coches anuncio, pasquines, buzono, octavillas o pegatinas; llamadas telefónicas o envíos por fax de manera indiscriminada; contratación de publicidad o patrocinio de espacios en televisión o radio; carteles en los autobuses o vallas publicitarias; exposiciones en ferias; rótulos luminosos; edición de cintas magnetofónicas, video, disco compacto, láser disc, disquettes de ordenador, y cualesquiera otro soporte de imagen y/o sonido; anuncios en redes informáticas; toldos, carteles y/o placas de neón; envío indiscriminado de cartas ofreciendo los servicios del profesional, y cualesquiera otros de análoga naturaleza (obsequios no odontológicos, etcétera).»*

(...)

5. *La publicidad que careciera de la necesaria autorización, establecida en el artículo 4, a partir de que el Colegio notificara su expresa prohibición, (...)*

6. *Resulta prohibida, por contraria a la Deontología Profesional, aquella publicidad que siendo transmitida por medio legítimo: (...)*

e) *haga referencia a descuentos en las tarifas o a fórmulas de financiación no consagradas por el uso; (...)*

4. El artículo 4 del citado Código, dedicado a la «Publicidad que requiere autorización del Colegio Oficiales», dispone que:

«Salvo disposiciones legales autonómicas al respecto:

1) *Estará sometida a autorización previa de la Junta de Gobierno del Colegio la realización de la publicidad no expresamente permitida ni prohibida, así como el empleo de logotipo de la clínica en los membretes, pudiendo la Junta de Gobierno del Colegio condicionar su concesión a la realización de determinadas modificaciones.*

2) *Podrá denegarse la autorización a aquella publicidad que no se atenga (...) a la normativa colegial en particular, o atente a cualesquiera normas de carácter deontológico.*

5. Finalmente, el artículo 8 del repetido Código indica que «el incumplimiento de las anteriores normas será motivo de corrección disciplinaria», tipificando «como falta grave la práctica de



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

publicidad prohibida, así como aquella cuya autorización hubiera sido denegada por el Colegio» y «como falta de carácter leve la publicidad requirente de autorización colegial, sin la preceptiva petición de la misma».

6. Por su parte, el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Córdoba establece en el artículo 16 de sus Estatutos «respecto de la publicidad de las consultas dentales y de los colegiados» lo siguiente:

«No está permitido efectuar cualquier acto que, directa o indirectamente, suponga una publicidad para el **colegiado** o para la consulta dental en que ejerza la profesión de **Odontología** o **Estomatología** (...). A título de ejemplo se indican con carácter meramente enunciativo y no limitativo las siguientes prohibiciones:

a) La inserción de anuncios en periódicos, revistas o similares, dando a conocer la existencia de la consulta dental, sus características o tratamientos que se efectúen en las mismas.

b) La publicación de anuncios, verbales o gráficos, a través de Internet, emisoras de radio, televisión, videos comunitarios, salas de cine y cualquier otro medio audiovisual existente o que pueda existir en un futuro.

c) La distribución, por cualquier medio, de tarjetas, octavillas o cualquier otro soporte publicitario, con indicaciones referentes a la consulta o a su titular colegiado.

d) La inserción de pasquines, carteles o gráficos de cualquier clase colocados en lugares de concurrencia pública.

e) La utilización de cualquier clase de dibujos, aparatos o símbolos de otro orden que den a entender la existencia de la consulta dental en un lugar determinado.

f) La utilización, en fachadas o exteriores de la consulta dental, de toldos y carteles sean luminosos o no.

No obstante lo anteriormente indicado, se permitirá los anuncios incluidos en revistas, guías o publicaciones estricta y exclusivamente **odontológicas, estomatológicas o médicas**, así como las que aparezcan en secciones de guías **médicas, odontológicas o estomatológicas** de periódicos y revistas así como las de las denominadas páginas amarillas, siempre y cuando los mismos sean autorizados por la **Junta de Gobierno**, que dictará normas al respecto, y a la que se someterá una copia del anuncio que se desea publicar, para recibir la preceptiva aprobación. (...)» (folio 97).

7. El artículo 14 de los mismos Estatutos dispone que «... corresponderá asimismo a todo colegiado...»:

j) Solicitar a la **Junta de Gobierno** la autorización previa de cualquier anuncio o comunicación referente a la apertura o traslado de su consulta dental, así como de aquellos artículos o trabajos clínicos, relacionados con la profesión que, por no ser publicados en revistas científicas, puedan constituir una publicidad del **colegiado** o de sus consultas.» (folio 95).

8. El artículo 92.1 e) de los precitados Estatutos establece que será considerada falta leve «la infracción de cualquier otro **deber o prohibición** contemplados en los **artículos 14.º, 15.º y 16.º** de los presentes Estatutos, cuando no merezca la calificación de **grave o muy grave**» (folio 135).

Por otra parte, el artículo 92.2 l) considera falta grave «La publicidad de los servicios contraria a las normas reguladoras de la materia, y en especial al **Código Regulator de la Publicidad** aprobado por el **Consejo General**.» (folio 136).

Y el artículo 92.3i) convierte en faltas muy graves «La reincidencia en la comisión de **faltas graves**...» (folio 137).

9. En aplicación del Código Regulator de la Publicidad aprobado por el Consejo General, la Junta Provincial de Córdoba del Colegio Regional de Odontólogos y Estomatólogos de la 4.ª Región (en la actualidad Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Córdoba) en su circular denominada Tema 27/97 dictó normas sobre la publicidad de los servicios profesionales de los colegiados, limitando el tamaño y el contenido del texto a incluir en los anuncios en las «Páginas Amarillas» de la Guía Telefónica (folio 39 vuelta).

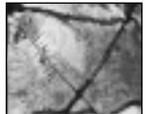
FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La cuestión sustantiva sobre la cual ha de pronunciarse el Tribunal en este expediente es la conducta adoptada por el Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España y por el Colegio de dichos profesionales de Córdoba de aprobar unas normas reguladoras de la publicidad de los colegiados en las que se establecieron determinadas prohibiciones y limitaciones a la misma, comportamiento sobre el que el Servicio ha instruido un expediente sancionador en el que imputa a las mencionadas entidades haber contravenido el artículo 1 LDC y propone que se les sancione por ello y se les intime para que en lo sucesivo se abstengan de realizar prácticas semejantes.

2. Con carácter previo a resolver la referida cuestión sustantiva, el Tribunal ha de pronunciarse sobre una cuestión planteada por las dos partes imputadas en sus escritos de conclusiones, relativa a no haber admitido el Tribunal la prueba que solicitaron en esta fase, consistente en que la Subdirección General competente del Ministerio de Economía y Hacienda realizara un estudio de mercado de los servicios odontoestomatológicos para definir el de referencia en este caso y que se delimitara la importancia del elemento publicitario en relación con los diferentes criterios por los cuales los pacientes eligen su dentista pues, como dichas partes mantienen, de existir una restricción de la competencia, ésta sería de tan escasa trascendencia en el mercado que debería exonerarse de la prohibición del artículo 1 LDC como acuerdo de menor importancia.

El Tribunal se ratifica ahora en su decisión expuesta en el Auto de 2 de junio de 2000, de Prueba y Vista, en el que manifestaba la improcedencia de la prueba solicitada por innecesaria y desproporcionada para la acusación que ha de dilucidarse en este expediente, que no es otra que la de haber acordado las dos entidades imputadas limitaciones y prohibiciones en la publicidad del ejercicio profesional. En efecto, el artículo 1.1 LDC prohíbe desde el año 1989 «**todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional...**» (subrayado propio). Por lo tanto, bastará con que la conducta enjuiciada incurra en alguno de los supuestos previstos en dicha norma para que pueda ser tachada de antijurídica, sin que sea necesario delimitar el mercado de referencia, como ha de hacerse en los casos de infracción a la libre competencia por abuso de posición de dominio, más allá de la consideración general de que evidentemente el principal objetivo de la publicidad es el de promover o aumentar la demanda del producto o servicio correspondiente al mercado al que se dirige, que es normalmente el de la ciudad o provincia.

3. En cuanto a la cuestión sustantiva de este expediente, hay que comenzar señalando que los contenidos del «Código Regulator de la Publicidad Personal de los Odontólogos y Estomatólogos», así como de los Estatutos del Colegio Oficial de Córdoba y de su Circular denominada Tema 27/97 son hechos acreditados que resultan reconocidos por ambas partes imputadas, por lo que las alegaciones que formulan son exclusivamente de orden jurídico. Lo mismo sucede por lo que se refiere a la aprobación de las mencionadas normas, hechos que sucedieron, respecto del Cód-



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

go, en la sesión plenaria ordinaria del Consejo celebrada el 16 de febrero de 1996 y, en cuanto a los Estatutos, en la reunión del Comité Ejecutivo del Colegio de Córdoba que tuvo lugar el 16 de abril de 1998, todo ello sea dicho con independencia de las atenuantes que, en su caso, puedan estimarse y que justifiquen una menor gravedad de la infracción administrativa.

Ambas entidades imputadas alegan, en resumen, que, al regular una publicidad de tipo sanitario no hacen más que ejercer una función delegada por la Administración, según habían autorizado tres normas con rango de ley (General de Publicidad, General de Sanidad y el mencionado Real Decreto 1907/1996, por el que se aprobó el Código Regulatorio de la Publicidad Personal), por lo que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 2.1 LDC, aunque se tratara de conductas restrictivas de la competencia, éstas no serían perseguibles, sino recurribles, previo el agotamiento de la vía administrativa, en la contencioso-administrativa. Además, la Ley 7/1997, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, entró en vigor el 16 de abril de 1997; por tanto, hasta ese día el Código estaba autorizado legalmente y, desde esa fecha, en la medida en que fuera restrictivo de la competencia, estaría derogado tácitamente. Por ello, junto a que como mínimo desde entonces no ha existido acto alguno del Consejo de aplicación del Código, es obvio que no existe infracción alguna a la LDC. Por último, el 26 de enero de 1999 se publicó en el «BOE» el Real Decreto 2828/98, de 23 de diciembre, por el que se aprueban los nuevos Estatutos Generales de los Odontólogos y Estomatólogos y su Consejo General. Esta nueva regulación sustituye, si no estuviera derogado tácitamente desde el 16 de abril de 1997, al Código de la Publicidad.

Pues bien, por lo que se refiere a la incompetencia del Tribunal para decidir sobre las conductas imputadas hay que señalar que es doctrina consolidada del mismo —contenida, entre otras muchas, en sus Resoluciones de 20 de noviembre de 1992 (Expediente 313/92, Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro), de 30 de diciembre de 1993 ((Expediente 333/93, PLACONSA), de 28 de julio de 1994 ((Expediente 339/93, COAM), de 26 de julio de 1995 ((Expediente r 122/95, Cirujanos Taurinos), de 25 de junio de 1996 ((Expediente r 160/96, Aparejadores de Madrid), de 5 de junio de 1997 ((Expediente 372/96, Arquitectos de Madrid), de 8 de mayo de 1998 ((Expediente 390/96, Arquitectos Asturias), de 23 de noviembre de 1999 ((Expediente 445/98, Colegio Ingenieros Técnicos Industriales Burgos) y de 18 de enero de 2000 ((Expediente 455/99, Abogacía Española)— su competencia para analizar las conductas de los Colegios Profesionales en el ámbito de las funciones que éstos tienen atribuidas, pues la LDC es desde el año 1989 una norma de ámbito general, sin excepciones sectoriales, que obliga a todos los sujetos públicos y privados y ha de ser respetada por todos ellos en sus actuaciones.

Así, en la última y reciente Resolución citada, correspondiente a un expediente similar a éste, referente a la publicidad de los abogados, el Tribunal manifestaba: *«Aunque el Tribunal no tiene autoridad para revisar los "actos administrativos" de un Colegio Profesional frente a sus colegiados, que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, es el único órgano que la tiene (bajo el oportuno control jurisdiccional) para analizar si un acto de un Colegio Profesional, o de cualquier otra institución que tenga delegadas funciones públicas, es un genuino acto de naturaleza administrativa y al margen del tráfico mercantil, por lo que no puede ser analizado de acuerdo con la LDC o, por el contrario, se trata de una actuación como operador económico que restringe la competencia al infringir lo dispuesto en la LDC. Por tanto, no puede alegarse una incompetencia de tipo previo, pues corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia analizar el caso para resolver si la conducta realizada constituye un acto de naturaleza administrativa de los Colegios Profesionales que queda al margen de las prohibiciones de la LDC y si existe o no autorización legal.*

En este sentido se ha pronunciado la sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en sentencia de 12 de noviembre de 1997, en relación con el recurso

del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro contra la Resolución de este Tribunal de fecha 20 de noviembre de 1992 antes mencionada (recurso número 6/331/1994), que confirma dicha Resolución, declarándola ajustada a derecho».

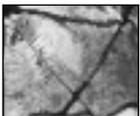
En el presente expediente el Tribunal mantiene dicho criterio y comparte también el del Servicio cuando añade este último que ha de extenderse a los Consejos Generales de Colegios Profesionales que, aunque tienen, al igual que los Colegios, la condición de «Corporaciones de Derecho Público» (artículo 9.1 LCP) y se les reconocen las funciones «atribuidas a los Colegios Profesionales (...) en cuanto tengan ámbito o repercusión nacional» [artículo 9.1.a) LCP], no dejan de ser, como los propios Colegios, «Corporaciones sectoriales de base privada».

Por otra parte, una cosa es, como alegan el Consejo y el Colegio, citando las Leyes de Publicidad y de Sanidad, que la publicidad en materia sanitaria pueda estar sometida a autorización administrativa para que se ajuste a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud, en evitación de perjuicios de esta índole, y otra cosa muy distinta que los hechos imputados en este expediente como restrictivos de la competencia en ningún caso pueden ocasionar perjuicios para la salud puesto que se refieren a limitar los medios utilizados para realizar publicidad —radio, televisión, vídeos, buzoneo, envío indiscriminado de cartas, carteles en fachadas luminosas o no, anuncios en periódicos y redes informáticas—, o la publicidad de las promociones por la vía de descuentos o formas de financiación de los tratamientos y, por último, al tamaño de los anuncios en las «Páginas Amarillas» de la Guía Telefónica. Luego las mencionadas prohibiciones y limitaciones establecidas en el Código y en los Estatutos exceden claramente de lo regulado por ambas Leyes, que se limitaban a mantener los mencionados criterios de veracidad en lo que atañe al interés legítimo de preservar la salud, pero sin sustraerlos de la normativa general sobre la competencia en la actividad económica. A este respecto, hay que señalar que la Comunidad Económica Europea incluyó en el artículo 90.2 del Tratado el sometimiento a las normas de competencia de los operadores económicos que gestionan servicios de interés general, siempre que no les impida el cumplimiento de su misión, y así lo entendió el Tribunal desde la promulgación de la LDC en el año 1989.

En efecto, las disposiciones del Código Regulatorio aprobado por el Consejo General de los Colegios de Odontólogos y Estomatólogos, de los Estatutos del Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Córdoba y el contenido de la Circular 27/97 del mismo Colegio, según se recogen sistemáticamente en los apartados 3 y 4 de los Hechos Probados de esta Resolución, para la primera entidad, y 6, 7 y 9, para la segunda, constituyen una infracción del antes citado artículo 1 LDC, al suponer una restricción en las posibilidades de competencia entre distintos operadores, en este caso los profesionales Odontólogos o Estomatólogos, que ven limitadas e incluso prohibidas determinadas formas o canales para informar y promocionar sus servicios ofrecidos a los potenciales usuarios de los mismos. Además, tales restricciones no actúan sólo en detrimento de los usuarios dificultando la posibilidad de comparación de las condiciones de dichos servicios, sino que también pueden hacerlo como barrera de entrada para los nuevos profesionales lo que supone, en definitiva, interferir en la libertad de competir.

Respecto de la alegación del Consejo de que el Código se aprobó, no con el fin de restringir la publicidad, sino con el objetivo de ampliar su ámbito, debe señalarse que el hecho de que el Código sea menos restrictivo que la normativa de 1950 no significa que su contenido no continúe siendo restrictivo y todavía propio de una época en la que predominaba la cultura de la protección frente a la de la competencia. Lo importante como positivo para la sociedad es controlar la calidad de los servicios y no la cantidad de espacio o tamaño de los anuncios entre competidores que prestan sus servicios a cambio de una remuneración.

Precisamente, entiende el Tribunal sobre esta cuestión que no se trata de propugnar la libertad absoluta de la publicidad ni de



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

imponer criterios economicistas, sino de compartir la concepción amplia de la libertad de expresión que sigue el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la negativa del mismo a distinguir las conductas por la concurrencia o no de ánimo de lucro, al considerar que la información comercial está protegida por el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que establece que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión y que este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de comunicar y recibir informaciones e ideas, sin que pueda existir injerencia de las autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

Por último, en cuanto a las alegaciones del Consejo y del Colegio de que la Ley 2/1974, Reguladora de los Colegios Profesionales, autorizaba las restricciones de la publicidad, hay que destacar que el artículo 5.2 del Real Decreto-Ley 5/1996, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y Colegios Profesionales (posteriormente aprobada como Ley 7/1997, de 14 de abril, del mismo nombre), introdujo diversas modificaciones en la Ley 2/1974 cambiando, entre otros, el artículo 2.1 que, con la actual redacción dice: *«El ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal»*. Más concretamente, por lo que se refiere al presente expediente, se ha añadido en la Ley 2/1974 un nuevo apartado 4 en el artículo 2, que establece lo siguiente:

«Los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica, observarán los límites del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el artículo 3 de dicha Ley».

Dado que el acuerdo del Colegio se tomó el 16 de abril de 1998, que no se solicitó la correspondiente autorización singular y que las limitaciones a la publicidad ya tratadas tienen para estos profesionales la evidente trascendencia económica de dificultar que las condiciones de sus servicios sean conocidas, resulta innegable que caen de lleno dentro del ámbito del transcrito nuevo artículo 2.4 de la Ley 2/1974 que exige la adecuación de los acuerdos y decisiones de los Colegios Profesionales a lo dispuesto en el artículo 1 LDC. Lo mismo sucede respecto de la Circular 27/97 del Colegio, que transmitió el acuerdo adoptado por la Junta Directiva del mismo, limitando aún más las normas de publicidad del Código al restringir el tamaño de los anuncios en las «Páginas Amarillas», así como el contenido de los mismos — advirtiendo que en el caso de que se utilice logotipo de la consulta deberá ser aprobado previamente por la Junta Directiva— y llegando a expresar que la referida Ley 7/1997, de 14 de abril, *«contempla la potestad de los órganos colegiales de ejercer el control directo sobre la publicidad médica»*, lo que evidentemente no es cierto.

4. Sentado lo anterior, de cuanto consta en el expediente puede llegarse a la conclusión de que ciertamente el Consejo no comunicó a los Colegios las modificaciones legales introducidas por la Ley 7/1997 ni por el Real Decreto-Ley 5/1996 (tan sólo unos meses después de aprobarse el Código), pero también es cierto que la adopción por el Colegio de Córdoba de las normas restrictivas de la publicidad contenidas en los Estatutos, la Circular 27/97 y los dos expedientes disciplinarios tramitados en dicha provincia en el año 1998 (uno por un anuncio de tamaño superior al reglamentado sin autorización y otro por distribuir folletos publicitarios) se podrían haber evitado con la simple consulta directa de las disposiciones de alto rango antes citadas cuya denominación indicaba sin ambigüedad que iban dirigidas a los Colegios Profesionales. Además, dado que dichos expedientes se impusieron a dos colegiados sendas sanciones consistentes en la suspensión del ejercicio profesional durante un mes, ello constituye prueba de que el efecto restrictivo de la compe-

tencia se ha producido (folios 177 a 182 del expediente del Servicio).

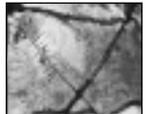
En consecuencia, corresponde declarar que la elaboración por el Consejo del Código Regulador de la Publicidad que contiene determinadas prohibiciones y limitaciones a la misma es una conducta colusoria prohibida por el artículo 1.1 LDC y, asimismo, la existencia de otra práctica prohibida por dicha norma, de la que es responsable el Colegio de Córdoba, consistente en la elaboración de sus Estatutos —en la reunión de su Comité Ejecutivo celebrada el 16 de abril de 1998— y en la emisión de la Circular 27/97, conteniendo ambos documentos determinadas prohibiciones y limitaciones a la publicidad de sus miembros. Tal restricción no actúa sólo en detrimento de los usuarios, sino que constituye también un obstáculo que dificulta una cuestión tan esencial como es el acceso de los nuevos profesionales y favorece la coordinación de las condiciones económicas de los colegiados al llegar a prohibir la publicidad de los descuentos y de las formas modernas de financiación. Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 LDC, procede también intimar al Consejo y al Colegio para que cesen en las conductas prohibidas.

5. El artículo 10 LDC, en relación con el 46.2.d) de la misma, faculta al Tribunal para imponer multa a los agentes económicos que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto, entre otros preceptos, en el artículo 1 LDC. Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta, por una parte, que en el artículo 10.1 se establece el límite máximo de la capacidad sancionadora del Tribunal que, por lo que respecta a las personas jurídicas u operadores económicos que no tienen cifras de negocios, asciende a 150 millones de pesetas; y, por otra, que en el número 2 del citado artículo se establecen los criterios a tener en cuenta para la determinación de la multa, sujeta lógicamente al límite anterior.

Entre dichos criterios, en el caso de la conducta imputada al Colegio debe comenzarse por la modalidad y alcance de la práctica infractora acreditada que constituye un acuerdo entre profesionales que pretende coordinar y limitar sus decisiones en un aspecto primordial de la competencia como es la forma de dar a conocer las condiciones de los servicios que prestan a los posibles pacientes, lo que representa una restricción esencial, fundamentalmente para los profesionales que acceden al ejercicio profesional y porque favorecen la coordinación de las condiciones económicas al llegar a prohibir la publicidad de los descuentos y de las formas de financiación no consagradas por el uso. El mercado afectado es el de los servicios profesionales de los odontólogos y estomatólogos de Córdoba y su provincia, que corresponde al que básicamente y de forma tradicional desarrollan su actividad los colegiados y al que se orienta la preferencia de los demandantes para este tipo de servicios. La duración de la práctica se delimita desde la emisión de la Circular 27/97 hasta la actualidad, dado que todavía no se han derogado expresamente los preceptos estatutarios objeto de este expediente. Es evidente que se han producido efectos inmediatos, al menos por las dos referidas sanciones acordadas en el año 1998 contra sendos colegiados. Y por último, no cabe apreciar reiteración en la conducta del Colegio imputada en este expediente.

Atendiendo a estas circunstancias, el Tribunal ha acordado imponer al Colegio la sanción de nueve millones de pesetas, que se sitúa muy por debajo de la máxima antes referida que permite la Ley.

Por lo que respecta al Consejo, dado que el Código se aprobó con anterioridad —febrero de 1996— a la citada modificación de la Ley 2/1974, del hilo cronológico de los hechos y de las vicisitudes y controversias por las que atravesaron los diferentes proyectos legislativos para someter definitivamente los acuerdos y decisiones de los Colegios Profesionales a la LDC, cabe entender la posibilidad de la creencia en la legalidad de la conducta imputada en este expediente por parte del Consejo, lo que justifica apreciar una menor gravedad de la infracción administrativa hasta el punto



de exonerarle de culpabilidad —como subsidiariamente solicita— pero no para hacer lícita la conducta.

6. El Tribunal considera que, por razones de ejemplaridad, hay que dar a la presente Resolución una amplia difusión. Así pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.5 LDC, el Tribunal debe ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el *Boletín Oficial del Estado* y en la sección de economía de dos diarios, uno nacional y otro de Córdoba, de información general a costa del Colegio.

Asimismo, el Tribunal, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.2 LDC considera oportuno ordenar a dicho Colegio que dé traslado de esta Resolución a todos los colegiados en el plazo de dos meses.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, este Tribunal

HA RESUELTO

Primero. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una práctica prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, imputable al Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Córdoba, consistente en la aprobación por dicha entidad, en la reunión de su Comité Ejecutivo celebrada el 16 de abril de 1998, de sus Estatutos y en la emisión de la Circular 27/97, ambos documentos conteniendo determinadas prohibiciones y limitaciones restrictivas de la competencia en cuanto al contenido de la información publicitaria y a los medios soporte de la misma.

Segundo. Declarar acreditada la realización de una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia por parte del Consejo General de Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de España, consistente en la aprobación por dicha entidad, en su sesión plenaria ordinaria de 16 de febrero de 1996, de un denominado Código Regulador de la Publicidad Personal, que contiene determinadas prohibiciones y limitaciones restrictivas de la competencia en cuanto al contenido de la información publicitaria y a los medios en que la misma se soporta.

Tercero. Intimar a los citados Colegio y Consejo General, como autores de las prácticas declaradas prohibidas, para que cesen en la realización de las mismas y que en lo sucesivo se abstengan de adoptar decisiones semejantes a las anteriores.

Cuarto. Imponer al Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Córdoba, como autor de la referida conducta prohibida, la multa de nueve millones de pesetas.

Quinto. Ordenar al citado Colegio dar traslado del texto íntegro de esta Resolución a todos los colegiados miembros en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.

Sexto. Ordenar la publicación, en el máximo plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el «*Boletín Oficial del Estado*» y en la sección de economía de dos diarios de información general, uno de ámbito nacional y otro de Córdoba, a costa del mencionado Colegio.

Séptimo. El cumplimiento de lo ordenado en esta Resolución se hará ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

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

(Expediente r 413/00 Farmacéuticos Ciudad Real)

■ En Madrid, a 18 de octubre de 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Vocal Doña M.^a Jesús Muriel Alonso, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 413/00 (2057/00 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), de recurso contra el Acuerdo del Ilustrísimo Señor Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 14 de enero de 2000, por el que se archivó la denuncia formulada por Don Jesús Gordo Gavilanes, contra la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Ciudad Real, el Consejo Rector de la Cooperativa Farmacéutica de Ciudad Real (COFARCIR) y Don Ramón Ribas Sánchez, por supuestas prácticas prohibidas por los artículos 1, 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 27 de agosto de 1999 Don Jesús Gordo Gavilanes denunció a la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Ciudad Real, al Consejo Rector de la Cooperativa Farmacéutica de Ciudad Real (COFARCIR) y a Don Ramón Ribas Sánchez por supuestas prácticas prohibidas por los artículos 1, 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Los hechos que el denunciante, farmacéutico y abogado en ejercicio, expone como constitutivos de infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia consisten en los siguientes: Don Ramón Ribas, que es Director Técnico farmacéutico de COFARCIR desde hace aproximadamente dos años, viene también ejerciendo el cargo de tesorero del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Ciudad Real, situación que es totalmente incompatible, habida cuenta de que, por razón de este segundo cargo, tiene conocimiento privilegiado acerca de las compras y ventas de cada farmacia, información que puede utilizar en favor de COFARCIR, impidiendo la entrada de otras distribuidoras de productos farmacéuticos.

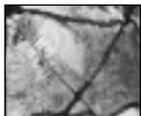
2. Recibida la denuncia, el Servicio de Defensa de la Competencia acordó requerir al denunciante a fin de que subsanase los defectos observados en su escrito de denuncia. Posteriormente, con fecha 5 de noviembre de 1999 acordó requerir de nuevo al denunciante para que remitiese pruebas de los hechos denunciados, advirtiéndole que, en otro caso, su denuncia podría ser archivada sin más trámite.

3. Con fecha 14 de enero de 2000 el Ilustrísimo Señor Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, dictó un Acuerdo motivado, en el que se declara la procedencia del archivo de la denuncia, al tener por desistido al denunciante al amparo de lo dispuesto en el artículo 71.1 de la Ley 30/92 y estimar que del escrito de denuncia no se deduce la existencia de indicios racionales de conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

Concretamente, el Acuerdo señalaba:

«Que pese a ser el denunciante requerido advirtiéndole que su solicitud podría ser archivada si en el plazo de diez días no hubiera subsanado las faltas observadas, dicho requerimiento no fue cumplido, por lo que al amparo de lo dispuesto en el artículo 71.1 de la Ley 30/92, procede tenerle por desistido, acordándose el archivo de las actuaciones toda vez que del mencionado escrito de denuncia no se deduce la existencia de conductas prohibidas por la LDC»

4. Contra dicho Acuerdo, el denunciante interpuso recurso ante este Tribunal mediante escrito con fecha de entrada 7 de febrero de 2000 en el que, básicamente, muestra su disconformi-



**SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA**

dad con el análisis del Servicio y reitera los argumentos esgrimidos en su escrito de denuncia.

5. Mediante escrito de 8 de febrero de 2000, el Tribunal solicitó al Servicio la remisión del informe sobre el citado recurso, así como las actuaciones seguidas, según lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LDC. El Servicio, mediante escrito con fecha de entrada 11 de febrero de 2000, comunicó que el recurso había sido interpuesto dentro del plazo de diez días establecido en el artículo 47 de la LDC. En cuanto al fondo, el Servicio se reafirma en la motivación dada para proceder al archivo de las actuaciones.

6. Por Providencia del Tribunal de 14 de febrero de 2000 se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan alegaciones, presentándose escrito por la Cooperativa Farmacéutica de Ciudad Real, COFARCIR, y por el denunciante.

7. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 26 de septiembre de 2000.

8. Son interesados:

- Don Jesús Gordo Gavilanes
- Colegio Oficial de Farmacéuticos de Ciudad Real
- Cooperativa Farmacéutica de Ciudad Real (COFARCIR)
- Don Ramón Ribas Sánchez

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El recurrente impugna el Acuerdo de 14 de enero de 2000, del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, por el que se archivó la denuncia por él formulada, alegando como fundamento de su recurso, básicamente, lo siguiente:

A) Señala, en primer término, que se está produciendo una conducta contraria al artículo 1 de la LDC con el mantenimiento del Señor Ribas en el cargo de «tesorero accidental» del COF de Ciudad Real. En efecto, estima que el ejercicio de dicho cargo por quien es Director Técnico de COFARCIR, sitúa a esta Cooperativa en una situación de privilegio, teniendo acceso a una información privilegiada, (conoce todos los datos exactos de las facturaciones de todas las farmacias), pudiendo, con esta situación de privilegio, impedir la entrada o el asentamiento de otras Cooperativas.

B) Afirma, por otra parte, que COFARCIR tiene actualmente una posición de dominio de la que abusa, al haber introducido al Señor Ribas en el COF, señalando que el denunciante, que es empresario, dependiente del COF de Ciudad Real, lleva padeciendo dicho abuso al tener que estar colegiado obligatoriamente y tener, hasta hace un mes, como única Cooperativa en la Provincia a COFARCIR, existiendo, por tanto, una infracción del artículo 6 de la LDC.

C) Finalmente, alega la existencia de una infracción del artículo 7 de la LDC por parte de COFARCIR, al permitir que el Señor Ribas ostente ambos cargos antes expresados.

Por todo lo expuesto, solicita la estimación del presente recurso, debiéndose revocar el Acuerdo impugnado.

Frente a dichas alegaciones de la recurrente, la Cooperativa denunciada, COFARCIR, solicita la desestimación del recurso, alegando, básicamente, la inexistencia de maquinación o pacto alguno entre el Señor Ribas y COFARCIR para lograr una información privilegiada, considerando que no ofrece la menor duda que el Acuerdo impugnado ha de confirmarse, habida cuenta de que no se ha efectuado por ninguno de los denunciados conducta o actividad prohibida por la Ley de Defensa de la Competencia.

Segundo: El objeto, por tanto, de este recurso es decidir si el Acuerdo del Director General de Política y Económica y Defensa de la Competencia de archivar la denuncia formulada por el hoy recurrente es ajustado a Derecho.

Para el examen de dicha cuestión, dado el contenido del Acuerdo impugnado, es preciso comenzar recordando que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36,2 de LDC, ante una denuncia, el Servicio tiene la opción de ordenar el archivo de las actuaciones o la incoación de expediente, señalando dicho precepto que antes de realizar una u otra actuación, el Servicio podrá practicar una información reservada.

Por tanto, queda fuera de toda duda que el Servicio, ante denuncias de conductas que ni tan siquiera de forma indiciaria son conductas prohibidas por la LDC puede, o inadmitir la denuncia, o archivar las actuaciones cuando, a simple vista, observe que aquello que se denuncia no puede ser objeto de expediente sancionador, de manera que sobre ellas ni merece la pena abrir una información reservada.

De lo anteriormente expuesto, se desprende con claridad que, en el procedimiento sancionador contemplado en la LDC, la denuncia lo es en sentido técnico y propio, es decir, no inicia el procedimiento, sino que, a diferencia de lo que ocurre con la «instancia» que pone efectivamente en marcha el procedimiento, no es más que un acto de excitación del actuar administrativo, iniciándose el procedimiento por acuerdo del órgano competente.

Siendo esto así, resulta claro que este Tribunal no puede compartir el contenido del Acuerdo impugnado en lo relativo a la aplicación al caso del artículo 71.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, acordando el archivo de la denuncia por desistimiento del denunciante pues, aún en el caso de que éste se hubiese producido expresamente, ello, como antes se ha indicado, no impediría que el Servicio acordase la iniciación del procedimiento sancionador o, como aquí ha ocurrido, decretase el archivo de las actuaciones al obtener el convencimiento racional de la falta de base de la denuncia formulada.

Tercero: Expuestas las anteriores consideraciones que, pese a no haber sido alegadas por el recurrente, se estimaba necesario constatar dado el contenido del Acuerdo objeto del presente recurso, la cuestión a resolver se centra ya en determinar si los hechos denunciados, ni tan siquiera indiciariamente, suponen vulneración de ninguno de los preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia.

A tal efecto, es de indicar que, básicamente, los hechos que el hoy recurrente exponía como constitutivos de infracciones de la LDC consisten en el nombramiento por la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Ciudad Real, de Don Ramón Ribas para el cargo de *tesorero* de dicho Colegio, pese a que el mismo desempeña el cargo de Director Técnico de COFARCIR, cargos que son totalmente incompatibles, situando a esta Cooperativa en una situación de privilegio, existiendo una infracción de los artículos 1, 6 y 7 de la LDC.

Pues bien, en este punto, este Tribunal no puede sino compartir los argumentos expuestos por el Servicio en el Informe remitido a este expediente.

En efecto, como es sabido, el artículo 1 de la LDC prohíbe los acuerdos colusorios que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, lo que no es el caso, toda vez que el nombramiento del Señor Ribas Sánchez como tesorero accidental del Colegio de Farmacéuticos de Ciudad Real, además de constituir un acto interno de dicho Colegio, no presupone la existencia de acuerdo alguno entre dicho Colegio y COFARCIR a fin de evitar la implantación de otros distribuidores de productos farmacéuticos.

Es más, el recurrente en ningún momento alude a la existencia de actuación o comportamiento concreto por parte de los denunciados que haya producido efecto restrictivo alguno de la competencia, sino que, por contra, como el propio recurrente indica en sus escritos, durante la tramitación de este expediente, se ha intro-



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

ducido un nuevo distribuidor de productos farmacéuticos en la zona. No cabe, pues, apreciar infracción alguna del artículo 1 LDC.

Por otra parte, se estima que el Servicio tiene razón en cuanto a la no transgresión del artículo 6 de la LDC. En efecto, se ha de indicar que, como señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de abril de 1999, Sala 3.ª, sección 3.ª, «la Ley de Defensa de la Competencia, al sancionar las infracciones contra el derecho a la libre competencia, si bien protege la participación en la producción, intentando evitar que la producción quede en manos de unos pocos, no prohíbe ni sanciona la posición de dominio, sino el abuso» y en el caso analizado, además de que no existe prueba alguna acerca de que COFARCIR ostente posición de supremacía que le permita la necesaria independencia de comportamiento para impedir el avance de nuevos competidores, no se ha acreditado, ni siquiera se ha alegado por el denunciante, que aquella haya actuado en forma anticompetitiva en la tarea de distribución de sus productos.

Finalmente, en relación con la posible infracción del artículo 7 LDC, el Tribunal tiene declarado reiteradamente que, para entender que un acto desleal es contrario a la libre competencia no basta con que se produzca deslealtad, sino que es necesario que, como consecuencia de la misma, se afecte sensiblemente a la libre competencia, con entidad suficiente para alterar de manera significativa el desenvolvimiento regular del mercado.

En el presente caso, aún cuando los hechos denunciados se encuadran dentro de los actos desleales regulados por la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, no se reúnen los requisitos precisos para ser calificados de infracción tipificada por el artículo 7 LDC.

En conclusión, de acuerdo con lo anteriormente expresado, es preciso confirmar el Acuerdo impugnado, ya que no existen indicios racionales bastantes que permitan sostener que los denunciados hayan cometido ninguna infracción tipificada en la Ley 16/1989 de la LDC, procediendo, por tanto, con desestimación del recurso, la confirmación del archivo decretado por el Servicio.

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

tra la entidad Comercial Alto Aragón del Automóvil, S.A. (CADASA) por presuntas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en la infracción del artículo 5.1 del Reglamento CEE, número 123/85 y del artículo 6 de la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 23 de junio de 2000, Don Elías Jesús Baquedano Muñoz, en representación de AUTO-MONZON, S.L., formuló denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia contra la entidad Comercial Alto Aragón del Automóvil, S.A. (CADASA), concesionaria de la marca Opel España de Automóviles.

2. Con fecha 31 de agosto de 2000, el Servicio dicta el Acuerdo de archivo de la denuncia formulada al estimar que de la denuncia formulada no se desprenden indicios racionales de infracción alguna de la Ley de Defensa de la Competencia. Dicho Acuerdo es notificado al recurrente el día 5 de septiembre de 2000, con indicación expresa de que «contra el mismo podía interponer recurso en el plazo de diez días hábiles a partir de la notificación del mismo».

3. Contra dicho Acuerdo el denunciante interpone el presente recurso el 20 de septiembre de 2000, remitiéndose por el Servicio el expediente, en el que consta la fecha de notificación del Acuerdo impugnado al recurrente. En su Informe, el Servicio señala que el recurso ha sido interpuesto fuera del plazo de diez días establecido en el artículo 47 LDC, ya que el Acuerdo recurrido fue notificado por correo certificado el día 5 de septiembre de 2000 y entre ambas fechas han transcurrido más de diez días del plazo señalado que terminaba el 18 de dicho mes y año.

1. El Pleno del Tribunal deliberó y falló el presente recurso en su sesión del día 10 de octubre de 2000.

2. Se considera interesado Don Elías Jesús Baquedano Muñoz, como representante legal de AUTO-MONZON, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico: El artículo 47 de LDC establece que «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», disponiendo el artículo 48.2 de la citada Ley «que en el caso que el Tribunal aprecie que el recurso ha sido interpuesto fuera de plazo, lo rechazará sin más trámite», teniendo, por tanto, dicho plazo el carácter de preclusivo, de manera que, presentado el recurso transcurrido el mismo, el Tribunal no puede sino declarar su extemporaneidad, inadmitiendo el recurso sin entrar a analizar las cuestiones de fondo planteadas.

Siendo esto así, habida cuenta de que en el caso que examinamos el recurso fue interpuesto fuera del plazo legalmente establecido para ello, como se desprende de lo expuesto en los Antecedentes de Hecho de esta Resolución, procede declarar su inadmisión sin necesidad de efectuar otras consideraciones.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación pertinentes al caso, el Tribunal

RESUELVE

Unico: Declarar la inadmisión del recurso formulado por Don Elías Jesús Baquedano Monzón, en representación de AUTO-MONZON, S.L. contra el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 31 de agosto de 2000.

Unico. Desestimar el recurso interpuesto por Don Jesús Gordo Gavilanes contra el Acuerdo del Ilustrísimo Señor Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 14 de enero de 2000, que se confirma.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución. ■

Expediente r 453/00, CADASA

■ En Madrid, a 18 de octubre de 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Vocal Doña M.ª Jesús Muriel Alonso, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 453/00 (2180/00 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), de recurso interpuesto por Don Elías Baquedano Muñoz, como representante legal de AUTO-MONZON, S.L., contra el Acuerdo del Ilustrísimo Señor Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de fecha 31 de agosto de 2000, por el que se acuerda el archivo de la denuncia por él formulada con-



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

RESUELVE

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución. ■

(Expediente A 285/00 SPANAIR/SAS)

■ En Madrid, a 19 de octubre de 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Señor Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente A 285/00 (2168/00 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio), iniciado como consecuencia de la solicitud de autorización singular presentada por SPANAIR, S.A. y SCANDINAVIAN AIRLINES SYSTEM CONSORTIUM (SAS), para la constitución de una sociedad participada conjuntamente dedicada a la venta de billetes de transporte aéreo.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 29 de mayo de 2000 tuvo entrada en la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia escrito de SPANAIR, S.A. y SAS en el que manifestaban haber constituido una sociedad participada conjuntamente —denominada Fuerza de Ventas, S.A.— para la distribución y venta de títulos de transporte aéreo, entendiéndose que no constituye una conducta prohibida por la LDC y solicitando, subsidiariamente, autorización singular.

2. Por Providencia del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 31 de mayo de 2000, se acordó la admisión a trámite de la solicitud y la incoación de expediente. En la misma fecha se formalizó una nota extracto a efectos del trámite de información pública previsto en el artículo 38.3 LDC, siendo publicado el aviso en el *BOE*, número 137, de 8 de junio, sin que se produjeran comparecencias ni alegaciones.

3. Con fecha 1 de junio de 2000 se solicitó al Instituto Nacional del Consumo el informe del Consejo de Consumidores y Usuarios contemplado en el artículo 38.4 LDC, que respondió en sentido favorable, precisando que se garantizara la protección de datos de carácter personal.

4. Por Providencia de fecha 21 de junio de 2000 la Instructora dispuso que se solicitara información a los interesados relativa al Plan de Negocio al que hacían referencia en su solicitud, suspendiendo los plazos de tramitación, de conformidad con lo previsto en el artículo 38.5 de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre. Con fechas de 24 y 27 de julio de 2000 fue cumplimentado dicho requerimiento, reanudándose el cómputo de los plazos, lo que fue notificado a los interesados.

5. El 4 de agosto de 2000 se recibió el expediente en el Tribunal junto con el Informe del Servicio en el que, tras hacer referencia a que el presente caso trata de un acuerdo entre empresas competidoras cuyo objeto es la colaboración en los instrumentos para la venta de sus servicios, estima que, sin embargo, dicha colaboración no implica acuerdos de fijación de precios ni afecta a la libertad de cada una de las empresas para definir sus productos ni sus condiciones comerciales. Por todo ello, el Servicio considera que se trata de un acuerdo entre empresas cuyo objeto o efecto no es impedir, restringir o falsear la competencia, no siendo, por tanto, un acuerdo de los tipificados en el artículo 1 LDC para cuya práctica se requiere la autorización singular contemplada en el artículo 3 de dicha Ley.

6. El expediente fue admitido a trámite en el Tribunal por Providencia de 6 de septiembre de 2000.

7. El Pleno del Tribunal deliberó y decidió sobre la presente solicitud en su sesión del 10 de octubre de 2000.

8. Son interesados:

- SPANAIR, S.A.
- SCANDINAVIAN AIRLINES SYSTEM CONSORTIUM (SAS)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Es requisito previo para la concesión de una autorización singular que la actividad que constituye su objeto sea un acuerdo, decisión, recomendación o práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC para, posteriormente, examinar si la concurrencia de los requisitos enumerados en el artículo 3 de la citada Ley permite el otorgamiento de una exención singular.

2. En el presente caso se trata de un acuerdo entre empresas competidoras cuyo objeto obviamente es la colaboración en la venta de sus productos. Sin embargo, dicha colaboración se limita a la creación de unos medios instrumentales para dicha venta y no implica acuerdos de fijación de precios, ni afecta a la libertad de cada una de las empresas para definir sus productos ni sus condiciones comerciales.

En efecto, Fuerza de Ventas, S.A. no tiene autonomía comercial, actuando en todo momento en nombre y por cuenta de cada una de las compañías aéreas, ya sean sus accionistas o sus clientes, como un intento de aumentar su eficiencia a través de mecanismos computerizados y telefónicos en la gestión y administración de la emisión y venta de billetes. Además, la organización de ventas que se constituye no es exclusiva, permitiéndose, asimismo, a ambas partes que sigan disponiendo de su propia estructura de ventas.

Por todo ello, el Tribunal considera que se trata de un acuerdo entre empresas cuyo objeto o efecto no es impedir, restringir o falsear la competencia, no siendo, por tanto, un acuerdo de los tipificados en el artículo 1 LDC, sino una cooperación lícita, no requiriendo autorización singular, como acertadamente sostiene el Servicio.

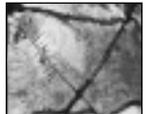
3. No obstante, esta apreciación del Tribunal se basa en la declaración expresa de las solicitantes, por lo que si la empresa que se crea fuera utilizada para coordinar sus políticas comerciales podría tal comportamiento constituir una práctica prohibida por la LDC.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Unico. Declarar que el acuerdo de constitución de una sociedad participada conjuntamente para la venta de billetes de transporte aéreo, notificado por SPANAIR, S.A. y SCANDINAVIAN AIRLINES SYSTEM CONSORTIUM —SAS—, en los términos objeto del mismo no está incluido entre las conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

Comuníquese al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a las interesadas, haciéndoles saber que contra esta Resolución no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses ante la Audiencia Nacional contados desde la notificación de la presente Resolución. ■



**SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA**

(Expediente R 403/99, Autocares Calviá 3)

■ En Madrid, a 20 de octubre de 2000

El Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores expresados al margen y siendo Ponente Don Javier Huerta Trolèz, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 403/99 (1892/98 del Servicio de Defensa de la Competencia), de recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Calviá contra el Acuerdo del Director del Servicio de Defensa de la Competencia de 27 de septiembre de 1999, por el que se declaró el archivo de una denuncia presentada por aquella contra las empresas Catalina Marqués, S.A. y Autocares Andratx, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El día 8 de octubre de 1998 el Ayuntamiento de Calviá formuló denuncia contra las empresas Catalina Marqués, S.A. y Autocares Andratx, S.A., por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas por los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, consistentes en prácticas abusivas y acuerdo entre ambas para reducir los servicios, cambiar unilateralmente los horarios y los recorridos, utilizar vehículos que no cumplen las condiciones legalmente exigidos, indebida aplicación de tarifas e incumplimiento del compromiso de no aumentarlos.

El Servicio de Defensa de la Competencia dictó Providencia el 10 de noviembre de 1998, acordando el archivo parcial de la denuncia y la apertura de expediente sancionador por práctica restrictiva de la competencia, prohibidas por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Segundo. Una vez practicadas las comprobaciones que se estimaron necesarias y resueltas por el Tribunal de Defensa de la Competencia dos recursos interpuestos contra actos del Servicio, uno de ellos contra el archivo parcial de la denuncia y otro de carácter incidental, el Director del Servicio de Defensa de la Competencia, a la vista de los documentos aportados por la parte denunciante y de las alegaciones presentadas, dictó un Acuerdo motivado, de fecha 27 de septiembre de 1999, en el que se declara el sobreseimiento de las actuaciones, por estimar que las conductas que eran objeto del expediente no se encuentran entre las prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

Concretamente el Acuerdo señala que «las empresas denunciadas no están modificando unilateralmente horarios, recorridos ni precios. Su actuación está amparada por un título concesional donde se establecen todas las condiciones por las que se ha de regir la prestación del servicio, por un acuerdo suscrito entre el Ayuntamiento de Calviá y la Comunidad Autónoma de Baleares, que no está denunciado, por las Resoluciones de la Comunidad Autónoma de referencia que convalidan sus concesiones anteriores y por las correspondientes Resoluciones que les autoriza los horarios de verano para los años 1997 y 1998» y añade que «se trata de un conflicto entre el Ayuntamiento de Calviá y la Comunidad Autónoma de Baleares respecto a la forma de entender las competencias en materia de transporte público de viajeros y la normativa que lo rige» y que, finalmente, se trata de actos administrativos que pueden ser recurridos por quienes se consideren perjudicados, ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Tercero. Contra dicho Acuerdo el Ayuntamiento de Calviá interpuso recurso ante este Tribunal, por medio de escrito presentado el día 19 de noviembre de 1999, en el que manifiesta su disconformidad con el sobreseimiento, alegando su derecho a que la Administración instruya un expediente y reiterando las pretensiones deducidas en la denuncia.

Admitido el recurso, el Tribunal dictó Providencia el 9 de diciembre siguiente, dando traslado de las actuaciones a los interesados para que formularan alegaciones, lo que hicieron en tiempo

y forma las partes recurrentes en apoyo de sus respectivas pretensiones, no habiendo cumplimentado el trámite las denunciadas.

Cuarto. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 17 de octubre de 2000.

Quinto. Son interesados:

- AYUNTAMIENTO DE CALVIA
- CATALINA MARQUES, S.A.
- AUTOCARES ANDRAXT, S.A.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero. La Corporación municipal recurrente se opone al Acuerdo del Director del Servicio, de 27 de septiembre de 1999, alegando en su escrito de interposición del recurso, en síntesis, que el Servicio de Defensa de la Competencia no ha realizado prácticamente ninguna actividad de instrucción en el expediente administrativo, lo que implica que no tenía suficientes elementos de juicio para dictar el sobreseimiento y que el Ayuntamiento denunciante tiene un auténtico derecho subjetivo a que se instruya el expediente antes de decidir sobre su sobreseimiento. Insiste también en afirmar la ilegalidad de los hechos denunciados y, en su opinión, que los mismos han de ser calificados como abuso de posición dominante, concluyendo con la petición de que por este Tribunal se deje sin efecto el sobreseimiento decretado por el Servicio y que se ordene la reanudación de la instrucción.

En el trámite de alegaciones la parte recurrente amplía sus quejas frente al Acuerdo recurrido, argumentando que había solicitado al Servicio la práctica de diversas pruebas, sin que éste haya practicado ninguna ni dado respuesta a su petición y, en cuanto al fondo del asunto, señala que la Ley de Defensa de la Competencia obliga a todos, sin que pueda alegarse incompetencia de tipo previo, que la existencia de potestades sancionadoras de la Comunidad Autónoma no enerva la de las Autoridades de competencia y que las empresas denunciadas que obtuvieron la concesión administrativa son operadores económicos. Finalmente, concluye con la petición de que sea el propio Tribunal de Defensa de la Competencia el que, en caso de que el recurso sea estimado, proceda a la instrucción del expediente.

Por su parte las empresas denunciadas Catalina Marqués, S.A. y Autocares Andratx, S.A. no han presentado alegaciones ante el Tribunal en este recurso.

Segundo. La parte recurrente inicia su escrito de alegaciones argumentando, conjuntamente, que la actuación del Servicio de Defensa de la Competencia debe ser considerada irregular, ya que dicho Organismo no dio respuesta a su petición de que se practicaran nuevas pruebas ni practicó ninguna de las solicitadas, sino que, al contrario, procedió a sobreseer el expediente sin haber realizado ningún acto de instrucción, cuando lo correcto hubiera sido que, una vez incoado el expediente, hubiese llevado a cabo una investigación de los hechos denunciados, pues la propia incoación presupone la existencia de indicios de una conducta sancionable.

Examinando separadamente ambas alegaciones, comenzaremos por señalar, en relación con la falta de respuesta del Servicio a la petición de pruebas formada por el Ayuntamiento denunciante, que si bien es cierto que éste presentó ante el Servicio el 3 de diciembre de 1998 un escrito interesando la práctica de prueba documental y de inspección y que dicha petición no obtuvo respuesta, no es menos cierto que cuando el Servicio dio traslado a dicha parte de la propuesta de sobreseimiento, de 9 de septiembre de 1999, la representación municipal formuló un escrito de alegaciones en el que no se hacía mención alguna de la falta de práctica de dichas pruebas ni se reproducía la petición de las mismas, lo que pone de manifiesto o bien una falta de interés en su práctica o una falta de diligencia de la parte proponente.

Reconociendo, no obstante, que la falta de respuesta concreta de la Administración instructora a la petición de prueba de una



**SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA**

parte interesada constituye una irregularidad procedimental, debe también afirmarse que tal irregularidad tiene en este caso un alcance meramente formal, sin relevancia para el resultado del expediente, y que el propio Servicio la salva tácitamente al fundar su Acuerdo de sobreseimiento no en cuestiones de hecho, como las que eran objeto de las pruebas propuestas, sino en la consideración de que los hechos denunciados han de ser combatidos por el Ayuntamiento de Calviá ante la Jurisdicción contencioso-administrativa y no ante los Organos de Defensa de la Competencia, poniendo así de manifiesto el Servicio la improcedencia de practicar más pruebas encaminadas a acreditar cuestiones puramente fácticas, por lo que ha de rechazarse la alegación del recurrente.

Tercero. En cuanto a la alegada insuficiencia de la instrucción practicada por el Servicio, deben rechazarse las alegaciones del recurrente acerca de la absoluta inactividad del Organo instructor, ya que a lo largo del procedimiento se han recibido alegaciones de las partes denunciante y denunciadas, habiendo presentado estas últimas un recurso contra la Providencia de incoación del expediente (folios 2644 y siguientes), se ha tramitado otro recurso incidental y se han incorporado los sesenta documentos aportados junto a la denuncia, más otros presentados por el Ayuntamiento de Calviá el 31 de mayo de 1999, todo lo cual ha sido estimado por el Servicio como suficiente para fundar el Acuerdo recurrido.

En este sentido debe declararse que, tratándose de la instrucción de los procedimientos sancionadores por el Servicio de Defensa de la Competencia, la actividad probatoria que se practique ha de tener como único fin el señalado por el artículo 37 de la Ley 16/1989, es decir, el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades, pero no el de satisfacer las peticiones del denunciante, por lo que la finalidad de la instrucción se cumple cuando el material probatorio reunido, ya sea aportado por las partes o incorporado por el propio Servicio, permite afirmar motivadamente que los hechos investigados no son subsumibles en alguna de las conductas tipificadas como prohibidas en los artículos 1, 6 y 7 de la Ley citada. No existe en el ámbito de la actuación de los Organos de Defensa de la Competencia un derecho subjetivo del denunciante a la instrucción del procedimiento, como pretende el recurrente, sino únicamente el derecho a obtener una resolución motivada de la Administración, que puede ser de sobreseimiento cuando, como aquí sucede, el Servicio estime que los hechos denunciados no son constitutivos de infracción o que el conocimiento de los mismos corresponde a otros órganos, administrativos o judiciales.

De acuerdo con estos postulados, debe estimarse cumplida la instrucción en el supuesto examinado, ya que existen en el expediente los datos necesarios para fundar el Acuerdo del Servicio, de sobreseimiento por razón de la falta de sujeción de los actos denunciados a la potestad sancionadora de las Autoridades de Competencia, por lo que de no variar este criterio resulta innecesaria la práctica o aportación al expediente de nuevos elementos probatorios.

Cuarto. En relación con las alegaciones relativas a la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia a los hechos denunciados, el Acuerdo impugnado, tras analizar la normativa aplicable a los transportes terrestres por carretera en las Islas Baleares, llega a la conclusión de que si el Ayuntamiento de Calviá considera que se están perjudicando los intereses del municipio y que las empresas denunciadas están incumpliendo los términos de la concesión, puede recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa, pero «no son las Autoridades de Competencia las encargadas de dirimir estas controversias».

El examen de la corrección de los argumentos formulados por el Servicio ha de partir del contenido del artículo 113.3 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, que expresa que cuando los servicios del transporte de viajeros en un municipio afecten a intereses que trasciendan los puramente municipales, las competencias de los correspondientes Ayuntamientos se ejercerán de forma coordinada con las de las

entidades de ámbito superior, según lo que en su caso establezcan las correspondientes normas estatales o de las Comunidades Autónomas.

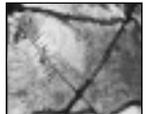
Se trata de un precepto cuya aplicación requiere, como señala la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1999 en relación con un litigio mantenido ante la Jurisdicción contencioso-administrativa por el Ayuntamiento de Calviá en relación con las mismas concesiones de transporte a que se refiere este recurso, la publicación de una norma, que en el caso presente ha de emanar de la Comunidad Autónoma y que está representada por el Decreto 52/1989, de 27 de abril, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, que regula la coordinación de las competencias municipales con las de la Comunidad Autónoma en materia de transportes públicos regulares de viajeros, cuyo artículo 1 hace referencia a la coordinación entre las Administraciones autonómica y local, aunque sin regular de forma expresa los términos de dicha coordinación.

La Sentencia citada del Tribunal Supremo pone de relieve que la normativa vigente no establece un sistema de competencia exclusiva o prevalente de la Comunidad Autónoma sobre las Entidades Locales, sino que la relación jurídica se adopta en el plano de la coordinación administrativa, por lo que «si ambas Administraciones Públicas no llegan a un acuerdo sobre la forma de coordinar los correspondientes servicios, deberán someter sus discrepancias a algún medio de solución o, en última instancia, a la función de control de legalidad de la actuación administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, que corresponde a los Tribunales de Justicia», como hubiera debido hacer en este caso el Ayuntamiento recurrente si considera que las concesiones de transporte a que se refiere la denuncia perjudicaban los intereses municipales.

Quinto. Sin embargo, el Ayuntamiento de Calviá, en su recurso, pretende derivar su denuncia a la conducta individual de las empresas denunciadas, a las que imputa irregularidades en la prestación de los servicios concesionales, en perjuicio del municipio y de los ciudadanos, desde la posición de dominio en que se encuentran situadas como consecuencia de la titularidad exclusiva de las rutas cuya concesión poseen.

Sin perjuicio de admitir con el recurrente que el titular único de una concesión administrativa de transporte interurbano se sitúa en una posición dominante en el ámbito de su ejercicio, la alegación sobre el abuso ha de ser rechazada en este caso concreto, ya que los posibles abusos de los concesionarios pueden y deben ser controlados por la Administración responsable del servicio público de que se trate y el eventual incumplimiento por los titulares denunciados de las condiciones de la concesión tiene una sanción especial, que se expresa en las propias resoluciones administrativas por las que se otorgan. Así, la Resolución del Gobierno Balear, de 7 de noviembre de 1997, por la que se aprueba la adjudicación de las concesiones de servicio regular de viajeros IB-31 y IB-32, a las que se refiere la denuncia, contienen la descripción de los itinerarios respectivos, paradas, número mínimo de recorridos diarios, características y número de los vehículos que han de emplearse y tarifas aplicables, estableciendo la obligatoriedad de estas prescripciones para los concesionarios y los procedimientos para una eventual modificación de alguna de ellas y sancionando su incumplimiento con el rescate de la concesión o con las sanciones establecidas al respecto por la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y su Reglamento, a cuyo contenido se remiten. Finalmente, señalan que «las cuestiones litigiosas surgidas sobre la interpretación, modificación, resolución y efectos de la concesión, serán resueltas por la Administración y contra sus acuerdos definitivos cabrá recurso contencioso-administrativo».

De esta manera, si el Ayuntamiento denunciante considera que los concesionarios han modificado indebidamente las condiciones de la concesión, debería haber actuado contra los infractores en la forma que previene el título concesional, haciéndolo en virtud de sus facultades de coordinación, a que antes se ha hecho referencia, con la Administración autonómica y, en caso de discrepancia



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

entre ambas Administraciones, dirimir sus discrepancias ante los Tribunales de Justicia, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial recogida en el apartado anterior.

Sexto. En consecuencia, por las razones expresadas, este Tribunal debe desestimar las alegaciones de insuficiencia de la instrucción practicada por el Servicio de Defensa de la Competencia y confirmar en sus propios términos el Acuerdo impugnado, por cuanto las irregularidades en la gestión de sus concesiones, que se imputan a las entidades Catalina Marqués, S.A. y Autocares Andratx, S.A. y las discrepancias sobre ellas entre el Ayuntamiento denunciante y la Comunidad Autónoma tienen su cauce legal de solución en la actuación administrativa de control de las concesiones respectivas y, en su caso, en el ejercicio de las reclamaciones oportunas ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

En su virtud, este Tribunal

HA RESUELTO

Desestimar el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Calviá contra el Acuerdo de archivo de 27 de septiembre de 1999, del Director del Servicio de Defensa de la Competencia, que confirmamos en todos sus términos.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a la Corporación recurrente y a las empresas denunciadas, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación. ■



Expediente r 432/00, Asociación «Os Chairegos»

■ En Madrid, a 23 de octubre de 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal), con la composición expresada arriba y siendo Ponente el Vocal Don Julio PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de recurso r 432/00 (2144/00 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio), interpuesto por Don José María Ferreiro Zas en oposición al Acuerdo del Servicio, de 7 de abril de 2000, de archivo de actuaciones contra la Asociación de Vecinos «Os Chairegos» por supuesta conducta prohibida por el artículo 6 Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en atender a bajo precio las consumiciones solicitadas por quienes libremente acceden al local de la Asociación que, según la denuncia, no paga impuestos y utiliza personal clandestino.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 24 de marzo de 2000 tiene entrada en el Servicio un escrito de Don José María Ferreiro Zas, hostelero en Matodoso (Lugo), mediante el que se denuncia a la Asociación de Vecinos «Os Chairegos» de la misma localidad por la conducta supuestamente prohibida por el artículo 6 LDC que se reseña en el encabezamiento.

2. El 7 de abril de 2000 el Servicio dicta un Acuerdo mediante el que archiva la denuncia al considerar que de los hechos denunciados no se desprenden indicios de que la Asociación ostente posición de dominio en ningún mercado. Respecto a la posibilidad de que pudiera haber infringido la denunciada el artículo 7 LDC, el Servicio considera que, incluso si hipotéticamente se hubiese producido un comportamiento desleal por infracción de normas, no procedería aplicar el artículo 7 al no haberse visto afectado el interés público. El Acuerdo del Servicio concluye señalando al denunciante los tribunales y la administración sectorial como las vías previstas legalmente para un caso como el presente.

3. El 9 de mayo de 2000 tiene entrada en el Tribunal un escrito del denunciante mediante el que recurre el Acuerdo de archivo del Servicio con alegaciones del mismo tenor que las contenidas en la denuncia. El mismo 9 de mayo el Tribunal remite al Servicio copia del escrito de recurso y recaba las actuaciones seguidas y el preceptivo Informe, lo que es cumplimentado el 10 de mayo de 2000. En su Informe, el Servicio hace constar que el recurso ha sido presentado en plazo y que las alegaciones del recurrente no desvirtúan el Acuerdo de archivo dictado, por lo que entiende que procede desestimar el recurso.

4. El 29 de mayo de 2000 el Pleno del Tribunal dicta una Providencia en la que designa Vocal ponente y dispone que el expediente se ponga de manifiesto al interesado durante un plazo común de quince días hábiles para que pueda formular las alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes. El interesado comparece en este trámite mediante un escrito que tiene entrada en el Tribunal el 23 de junio de 2000, en el que se reitera en las alegaciones formuladas ante el Servicio.

5. El Pleno del Tribunal delibera y falla el 17 de octubre de 2000.

6. Es parte interesada en el expediente Don José María Ferreiro Zas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En este expediente el Tribunal ha de resolver si procede estimar el recurso interpuesto por el denunciante contra el Acuerdo de archivo del Servicio.

2. El artículo 47 LDC dispone que los actos de archivo del Servicio serán recurribles ante el Tribunal en el plazo de diez días. El acto del Servicio que ha sido recurrido es de archivo y el recurso ha sido interpuesto dentro de plazo. Las condiciones de procedibilidad se cumplen, pues, y consecuentemente procede la admisión del recurso.

3. Respecto a si procede la estimación del recurso, hay que considerar los fundamentos de éste y los fundamentos en que apoya su Acuerdo de archivo el Servicio. El recurrente insiste en la línea argumental de la denuncia: la Asociación vende a bajo precio en un local de propiedad municipal sin pagar impuestos y utilizando personal clandestino, lo que supone una competencia desleal que la coloca en posición dominante. El Servicio, por su parte, primero explica que los hechos denunciados no pueden ser considerados como infracción del artículo 6 LDC ya que no se desprende indicio alguno de que la denunciada pueda ostentar posición de dominio en ningún mercado y, después, discute si cabría aplicar el artículo 7 LDC. Citando la doctrina de este Tribunal, el Servicio precisa que la aplicación del artículo 7 LDC exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) La existencia de un comportamiento desleal, de acuerdo con la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD). b) Que dicho comportamiento afecte al interés público, esto es, a la libre competencia. c) Y que la afectación sea importante o, lo que es lo mismo, que tenga entidad suficiente para causar una grave perturbación en los mecanismos del mercado. En el presente caso, la escasa importancia de la afectación no ha repercutido sobre los mecanismos del mercado de modo que el interés público pueda haberse visto dañado. En consecuencia, añade el Servicio, incluso en el supuesto de que se hubiera producido un comportamiento desleal, no procedería la aplicación del artículo 7 LDC.

4. El Tribunal considera acertada la consideración que el Servicio hace sobre la inaplicabilidad del artículo 6 LDC. En efecto, la Asociación de vecinos no es previsible que ostente una posición de dominio en el mercado de servicios de consumiciones de la localidad, ni tampoco el denunciante precisa que lo tenga. Este simplemente emplea de un modo impropio en sus escritos los tér-

minos «abuso de posición dominante» y «competencia desleal». Por otra parte, el Tribunal estima que del examen de todos los documentos presentados por el denunciante y recurrente se desprende que lo que realmente se quiere denunciar es, más que un abuso de posición dominante, una conducta supuestamente desleal por infracción de normas. El Servicio anticipa esta apreciación y discute si resultaría aplicable al caso el artículo 7 LDC, lo que rechaza tras razonarlo en los términos arriba expuestos, de un modo que el Tribunal considera impecable.

5. En consecuencia con todo lo anterior, el Tribunal considera que fue acertado el Acuerdo de archivo del Servicio y que, por ello, procede su confirmación. Asimismo cree conveniente hacer saber al denunciante-recurrente que conserva su disposición de emprender acciones ante la jurisdicción civil tendentes a determinar si ha existido una conducta desleal contraria a la Ley 3/1991 en los hechos denunciados, y que también puede actuar ante las administraciones fiscal y laboral.

Por todo lo expuesto y vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, este Tribunal

RESUELVE

Unico. Desestimar el recurso interpuesto por Don José María Ferreiro Zas contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 7 de abril de 2000, mediante el que se archivan las actuaciones seguidas de la denuncia formulada por el recurrente, confirmando en todos sus extremos dicho Acuerdo.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir de la fecha de notificación de esta Resolución. ■

Expediente r 415/00, Universidad Politécnica Cataluña

■ En Madrid, a 25 de octubre de 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Señor Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente r 415/00 (2080/99 del Servicio de Defensa de la Competencia; en lo sucesivo, el Servicio), de recurso contra el Acuerdo del Ilustrísimo Señor Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 20 de enero de 2000, por el que se archivó la denuncia formulada por la Asociación Catalana de Escuelas Náuticas (ACEN) contra la Universidad Politécnica de Cataluña (UPC), por supuestas prácticas prohibidas por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en organizar unos cursos dirigidos a la obtención de las titulaciones para la navegación de recreo compitiendo deslealmente con las escuelas privadas.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 13 de octubre de 1999 la Asociación Catalana de Escuelas Náuticas (ACEN) denunció a la Universidad Politécnica de Cataluña (UPC), por organizar unos cursos de navegación de recreo, impartidos por la Facultad de Náutica, actividad que considera impropia de una institución universitaria y que vulnera los artículos 6 y 7 LDC, al competir con ventaja por su condición

pública, con violación de normas, precios ventajosos y abuso de posición de dominio.

2. El 20 de enero de 2000 el Servicio dictó Acuerdo por el que se decretaba el archivo de las actuaciones como consecuencia de considerar fundamentalmente que no se observaban indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC, ya que la actividad de la UPC se halla amparada por la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (LRU), cuyo artículo 28 establece, entre las enseñanzas que pueden impartir todas las Universidades, las encaminadas a la obtención del título de patrón y capitán de embarcaciones de recreo, que están reguladas por la Orden de 17 de junio de 1997, del Ministerio de Fomento, a la que se ajustaron los cursos de la UPC, según Resolución de la misma de fecha 18 de marzo de 1998. Además, afirmaba el Servicio que la dotación pública constituye una ayuda no prohibida por la Comunidad Europea y no supone un acto desleal alguno prohibido por la Ley 3/1991, de Competencia Desleal.

3. La denunciante recurrió dicho Acuerdo de archivo ante el Tribunal mediante escrito que tuvo como fecha de entrada el día 9 de febrero de 2000, en el que básicamente considera que no ha existido prácticamente actividad investigadora por el Servicio y reitera la supuesta infracción de los artículos 6 y 7 LDC.

4. Mediante escrito de 10 de febrero de 2000, el Tribunal solicitó al Servicio, según lo dispuesto en el artículo 48.1 LDC, la remisión del informe sobre el citado recurso, así como las actuaciones seguidas hasta el Acuerdo de archivo. El Servicio, mediante escrito de 11 de febrero, que tuvo entrada en el Tribunal el día 14, comunicó que el recurso había sido interpuesto dentro del plazo de diez días establecido en el artículo 47 LDC. En cuanto al fondo, el Servicio se reafirma en la motivación dada para proceder al archivo de las actuaciones.

5. Por Providencia de 16 de febrero de 2000 se puso de manifiesto el expediente a la interesada para que formulara alegaciones.

6. En su escrito de alegaciones la recurrente interesa que se tengan por reproducidos todos los argumentos y alegaciones hechas con anterioridad y, concretamente, las del escrito de recurso.

7. El Pleno del Tribunal en su reunión del 17 de octubre de 2000 deliberó y falló este expediente, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.

8. Es interesada la Asociación Catalana de Escuelas Náuticas (ACEN).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La recurrente ha alegado, ante todo, como fundamento de su recurso, una supuesta falta de actividad investigadora del Servicio. En relación con esta alegación hay que señalar que, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, la tramitación de una información reservada constituye un procedimiento sumario, inquisitivo y no contradictorio, en el que el Servicio no tiene obligación de realizar todas las pesquisas posibles, siendo bastante que indague los elementos idóneos para fundamentar el acuerdo de incoar expediente o archivar la denuncia. En este caso, del expediente se deduce que se ha llevado a cabo una información reservada, que el Servicio ha considerado suficiente para adoptar, de forma fundada, el Acuerdo de archivo recurrido.

2. En relación con el fondo de la denuncia, es decir, la oferta de servicios que infringe los artículos 6 y 7 LDC, el Servicio ha actuado correctamente al valorar, en primer lugar, que no es aplicable a los hechos denunciados el artículo 6 LDC, dado que, para que una empresa incurra en abuso tipificado por dicho artículo, es preciso



**SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA**

que tenga una posición de dominio en el mercado. Pues bien, dicho dominio no lo concreta la denunciante y no es previsible que ocurra en la actualidad ni próximamente para la UPC, teniendo en cuenta lo incipiente de su entrada en el mercado. Además, el Tribunal estima que, del examen de la argumentación de la denunciante y ahora recurrente, se desprende que lo que realmente se quiere denunciar es más que un abuso de una posición dominante —que no existe— una conducta supuestamente desleal por infracción de normas al financiarse la UPC con dotaciones públicas.

3. Sin embargo, para que la conducta denunciada hubiera merecido apertura de expediente por infracción del artículo 7 LDC, habría que partir de deducir de los hechos denunciados algún indicio de práctica prohibida por la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD). El Tribunal comparte el criterio del Servicio de que el único artículo de la LDC que tipifica una infracción que pudiera tener alguna semejanza con la conducta denunciada es la violación de normas, del artículo 15 LCD, pero que su aplicación al caso no resulta posible porque, como acertadamente argumenta el Servicio en su Acuerdo de archivo y se recoge en el Antecedente de Hecho 2 de esta Resolución, la actividad de la UPC se halla amparada por la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (LRU), cuyo artículo 28 establece, entre las enseñanzas que pueden impartir todas las Universidades, las encaminadas a la obtención del título de patrón y capitán de embarcaciones de recreo, que están reguladas por la Orden de 17 de junio de 1997, del Ministerio de Fomento, a la que se ajustaron los cursos de la UPC, según Resolución de la misma de fecha 18 de marzo de 1998. Además, la dotación pública constituye una ayuda no prohibida por la Comunidad Europea y no supone un acto desleal alguno prohibido por la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, no apreciándose indicios de que la UPC practique precios inferiores a los de las escuelas privadas que afecten negativamente a la libre competencia porque dichos precios no incluyen los mismos conceptos, al contemplar un menor número de clases y no incluir los gastos de tramitación, según consta en el expediente, al haberlo precisado el informe del Delegado de la Facultad de Náutica de la UPC.

4. Por tanto, de cuanto antecede se deduce que no hay indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar el Acuerdo del Servicio de 20 de enero de 2000, por el que se archivaron las actuaciones derivadas de la denuncia presentada por la recurrente.

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

HA RESUELTO

Unico. Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación Catalana de Escuelas Náuticas (ACEN) contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 20 de enero de 2000, Acuerdo que se confirma.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que agota la vía administrativa y que contra ella sólo se puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación. ■

Expediente R 393/99, Eléctrica de Eriste

■ En Madrid, a 25 de octubre de 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Señor Comenge Puig, ha dictado la

siguiente Resolución en el expediente R 393/99, 1711/97 del Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio, SDC), de recurso interpuesto por Eléctrica de Eriste S.L. contra el Acuerdo de 7 de octubre de 1999, del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia que sobresee el expediente iniciado por su denuncia contra el Ayuntamiento de Benasque por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 20 de octubre de 1997, Eléctrica de Eriste S.L., al amparo de lo dispuesto en el artículo 36.1 de la LDC, denunció al Ayuntamiento de Benasque por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, consistentes en:

1.1. El Ayuntamiento de Benasque no ha procedido a la separación jurídica de actividades en el sistema integrado prevista en el artículo 14 de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (en adelante LOSEN).

1.2. El Ayuntamiento de Benasque ha tenido intervención en la Junta de Compensación en cuyo órgano está representado. En el procedimiento de urbanización del Area Fluvial-2 de Benasque, llevado a cabo mediante el sistema de compensación (en el cual la ejecución de las obras de urbanización corresponde a los propietarios del suelo, constituidos en Junta de Compensación), se concede al Ayuntamiento de Benasque (informado de todas las decisiones de aquella Junta) la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica, merced a las presiones del citado Ayuntamiento del cual depende la concesión de todas las licencias de obras y permisos. La denunciante considera que el Ayuntamiento ha abusado de sus facultades.

1.3. Petición por parte del Ayuntamiento de Benasque de subvenciones propias y exclusivas de Ayuntamientos con el fin de financiar las obras requeridas para la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica. Dichas subvenciones se solicitaron a la Diputación General de Aragón, una con cargo al Fondo Autonómico y otra con cargo al Plan de Electrificación Rural de 1997.

1.4. La aprobación del Proyecto Técnico de Centro de Transformación del Area Fluvial-2 y línea de interconexión 25 Kv. vulnera lo establecido en la legislación urbanística y en la LOSEN. Se denuncia por Eléctrica de Eriste que fuese aprobado el citado proyecto por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Benasque, declarando a su vez de utilidad pública el mismo, y previendo la ubicación del Centro de Transformación en un terreno de dominio público calificado como zona verde por el Plan Parcial del Area Fluvial-2. Tras la impugnación del Acuerdo del Pleno por Eléctrica de Eriste, se acordó por el propio Ayuntamiento dejar sin efecto el citado acuerdo en el relativo a la declaración de utilidad pública y en lo referido a la ubicación del Centro de Transformación en Zona verde.

1.5. El Ayuntamiento de Benasque procede a la venta de terrenos del mencionado Area Fluvial-2, destinando los fondos obtenidos a la financiación de las obras necesarias para la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica.

1.6. En su escrito de denuncia, Eléctrica de Eriste solicita como medida cautelar, que «se ordene la paralización de la construcción de la línea que por parte del Ayuntamiento se está construyendo, así como la suspensión de la adjudicación del servicio de distribución de energía eléctrica otorgado en favor del Ayuntamiento de Benasque.»

De conformidad con el artículo 36.2 de la LDC, con fecha 24 de noviembre de 1997, el Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio, SDC) inició una información reservada, recabando información del Ayuntamiento de Benasque, de la Comisión



**SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA**

Nacional del Sistema Eléctrico y de la Junta de Compensación del Area Fluvial-2 de Benasque.

3. Con fecha 30 de septiembre de 1998, el Director del Servicio acordó el archivo parcial, por ausencia de indicios de infracción de la LDC, de las siguientes conductas denunciadas:

— Respecto a la obtención por parte del Ayuntamiento de Benasque de las subvenciones solicitadas, una con cargo al Fondo Autonómico y otra con cargo a Planer de 1997, al haber constatado que el citado Ayuntamiento no ha recibido ninguna de las ayudas.

— Respecto a la aprobación por el Pleno del Ayuntamiento de fecha 2 de junio de 1997 del Proyecto Técnico de Centro de Transformación del Area Fluvial-2 y línea de interconexión 25 kv, que calificaba de zona verde y lo declaraba de utilidad pública, ya que el propio Ayuntamiento modificó dicha situación en Acuerdo del Pleno de 25 de julio de 1997.

— Y, por último, respecto a la venta de terrenos del Area Fluvial-2, destinando los fondos obtenidos a la financiación de las obras necesarias para la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica ya que, según lo dispuesto en el Reglamento de Bienes, su destino ha de ser el de inversiones.

4. En el mismo Acuerdo, el Director del SDC disponía la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador, de conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 3 del artículo 36 de la LDC, por las siguientes prácticas restrictivas de la competencia:

— ejercicio abusivo por parte del Ayuntamiento de Benasque de su posición de dominio en el órgano rector de la Junta de Compensación, para que se le concediera el suministro de energía eléctrica para el Area Fluvial-2, lo que podría constituir una infracción del artículo 6 de la LDC.

— incumplimiento por el Ayuntamiento de Benasque de la obligación de separación jurídica de actividades de distribución de electricidad impuesta por el artículo 14 de la LOSEN, lo que podría constituir un acto desleal prohibido por el artículo 15.1 de la Ley de Competencia Desleal que, al distorsionar las condiciones de competencia en el mercado de distribución eléctrica de la zona de Benasque, podría ser perseguible al amparo del artículo 7 de la LDC.

5. Con fecha 26 de octubre de 1998 Eléctrica de Eriste interpuso recurso contra el Acuerdo de archivo parcial del Servicio. El Tribunal, por Resolución de 27 de enero de 1999 (Expediente r336/98), desestimó el recurso.

6. El 7 octubre 1999 el Servicio acordó el sobreseimiento del expediente y el 28 de octubre de 1999 se recibió en el Tribunal recurso presentado por Eléctrica de Eriste contra dicho Acuerdo del Servicio.

7. Tras recibir del SDC, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48.1 LDC, el informe y el expediente 1711/97 correspondientes al recurso presentado, el Tribunal por Providencia de 10 de noviembre de 1999 puso de manifiesto el expediente al interesado para que pudiera formular las alegaciones pertinentes.

8. El 9 de diciembre 1999 Eléctrica de Eriste presentó sus alegaciones.

9. El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria de 10 de octubre de 2000, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.

10. Es interesado: Eléctrica de Eriste S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Con respecto a la denuncia de una conducta desleal del Ayuntamiento de Benasque por incumplimiento de la legislación de ordenación del sector eléctrico por parte del Ayuntamiento de Benasque, el SDC, tras señalar que la Ley de 30 de diciembre de 1994, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN), obliga a los ayuntamientos a constituir sociedades mercantiles para la distribución de energía eléctrica, considera que el Ayuntamiento de Benasque, al figurar inscrito en el Registro Industrial, en la Oficina de Compensaciones de la Energía Eléctrica y en el Sistema Integrado de Facturación de Energía Eléctrica, ha cumplido estrictamente la legalidad vigente, por lo que no puede imputarse comportamiento desleal alguno y, por lo tanto, no puede ser de aplicación el artículo 7 de la LDC.

Alega el recurrente que resulta erróneo deducir de la inscripción en los registros antes mencionados la constitución de una sociedad mercantil ya que ésta sólo puede acreditarse mediante la inscripción en el Registro Mercantil de la correspondiente escritura pública. A este respecto, aporta el recurrente certificación negativa del Registro de la Propiedad de Huesca de fecha posterior al último plazo legal concedido para la constitución de dichas sociedades.

En consecuencia, considera el recurrente que el Ayuntamiento de Benasque no ha actuado conforme a la legislación que impone las obligaciones de separación de actividades y de constitución de sociedad mercantil para garantizar el funcionamiento del sistema eléctrico bajo los principios de objetividad, transparencia y libre competencia que establece la Exposición de Motivos de la LOSEN y que esta infracción de norma jurídica le permite mejorar su posición competitiva dentro del mercado local de electricidad, en perjuicio de su directo competidor, tanto por las ventajas fiscales derivadas de no constituir sociedad mercantil como por la distorsión de la transparencia que supone desarrollar conjuntamente la producción y la distribución de energía eléctrica.

El Tribunal estima que, en este punto, asiste la razón al recurrente, ya que la Ley de 23 de marzo de 1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada establece de forma inequívoca en su artículo 11.1 que la sociedades se constituyen mediante escritura pública que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil y que con esta inscripción es como adquiere la sociedad de responsabilidad limitada su personalidad jurídica. Por ello, no cabe descartar, como hace el Servicio, la posible infracción del artículo 7 LDC.

Eléctrica de Eriste denunciaba también, como posible infracción del artículo 6 de la LDC, el ejercicio abusivo por parte del Ayuntamiento de Benasque de su posición de dominio en el órgano rector de la Junta de Compensación, para que se le concediera el suministro de energía eléctrica para el Area Fluvial-2.

El Servicio, en el acuerdo de sobreseimiento, señala que la presencia del Ayuntamiento de Benasque en la Junta de Compensación tiene su fundamento legal en el artículo 158, apartado 4.º, del Real Decreto Legislativo de 16 de junio de 1992 y que, al aprobar el plan urbanístico y la concesión del servicio de distribución de energía, el Ayuntamiento de Benasque no ha actuado como operador económico sino en ejercicio de las funciones propias de una Administración Pública, por lo que su actuación sólo puede ser recurrida ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Alega Eléctrica de Eriste S.L. que el Ayuntamiento de Benasque actúa como un verdadero operador económico en la actividad de distribución de energía eléctrica y que su intervención en la Junta de Compensación ha conllevado un ejercicio abusivo de sus potestades ya que en la Asamblea de la Junta de Compensación del 6 de agosto de 1997 la empresa eléctrica del Ayuntamiento de Benasque presentó una oferta verbal que simplemente igualaba los términos económicos de la oferta que Eléctrica de Eriste había presentado previamente por escrito.

El Tribunal, en su Resolución de 27 de enero de 1999 (Expediente r336/98) había ya establecido que «el Ayuntamiento de Benasque realiza este tipo de actividades reuniendo, por tanto, la



**SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA**

doble condición de persona jurídica pública dotada de potestades administrativas y de operador económico que actúa como tal en el mercado de producción y distribución eléctrica» y constata ahora que esta doble condición se ha evidenciado en el proceso por el que la Junta de Compensación seleccionó a la empresa que debía suministrar energía eléctrica al Área Fluvial 2.

Dicho proceso comienza con la petición de ofertas que realiza la Junta solicitando que se remita la oferta técnica y económica antes del 28 de julio de 1997 (folios 269 y 271). Consta en el expediente que Eléctrica de Eriste cumplió tal requisito y que la empresa municipal no lo hizo, reservando su oferta económica hasta la Asamblea de la Junta del 6 de agosto de 1997 en la que presentó una oferta verbal que igualaba a la previamente presentada por su única competidora (folios 201 y 268). Los miembros de la Junta, con la abstención del Ayuntamiento de Benasque, acordaron adjudicar el suministro de energía eléctrica a la empresa municipal.

La abstención del Ayuntamiento en el acuerdo de adjudicación no abona la calificación de ejercicio abusivo de sus potestades y, sin embargo, la conducta de la empresa eléctrica del Ayuntamiento de Benasque puede contener elementos que permitan calificarla de desleal.

En definitiva, el Tribunal coincide con el Servicio al no apreciar la existencia de abuso de posición de dominio, con infracción del artículo 6 LDC, pero considera que en el proceso de adjudicación del suministro de energía eléctrica existen indicios de conducta desleal que potencian la posible infracción del artículo 7 LDC ya señalada en el segundo fundamento de derecho.

6. Por todo ello, el Tribunal considera procedente estimar parcialmente el recurso para que el Servicio investigue si la no inscripción en el Registro Mercantil supone para el Ayuntamiento de Benasque ventajas fiscales y de otro tipo que le habrían permitido igualar la oferta de Eléctrica de Eriste, en la petición de ofertas realizada por la Junta de Compensación donde, además, el Ayuntamiento de Benasque podría haberse prevalido de su doble condición de operador económico y de autoridad municipal para presentar su oferta incumpliendo los trámites previos que la Junta habría exigido a los posibles ofertantes.

En caso de que estas conductas fuesen estimadas como desleales por el Servicio, deberá valorar también las demás circunstancias que deben concurrir para que el Ayuntamiento de Benasque pueda ser imputado por el artículo 7 LDC.

Procede, por otra parte, desestimar el recurso en lo que se refiere a una posible infracción del artículo 6 LDC.

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

HA RESUELTO

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por Eléctrica de Eriste, S.L. contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia, de 7 de octubre de 1999, por el que se sobrees el expediente derivado de la denuncia contra el Ayuntamiento de Benasque por infracción del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Segundo. Interesar del SDC que investigue cuanto se señala en los fundamentos de derecho segundo, quinto y sexto de esta Resolución.

Tercero. Desestimar el recurso en cuanto se refiere a una posible infracción por el Ayuntamiento de Benasque del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia confirmando en este punto el Acuerdo recurrido.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que contra la estimación parcial no cabe ningún tipo de recurso al ser

un acto que, por decidir la continuación del expediente, no produce indefensión y que la desestimación parcial agota la vía administrativa por lo que sólo contra ella se puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación. ■

Expediente MC 32/00 3M/SIGESA 2

■ En Madrid, a 30 de octubre de 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Don Luis Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente MC 32/00, 3M/SIGESA 2, de medidas cautelares propuestas por el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio), a petición de la empresa IASIST S.A. (en adelante, IASIST) en el expediente 2030/99 que aquél tramita por denuncia de IASIST contra 3M España S.A. (en adelante, 3M) y SIGESA S.A. (en adelante, SIGESA).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 6 de abril de 2000 el Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal) dictó Resolución en el expediente MC 31/00, 3M/SIGESA, en cuya parte dispositiva establecía, por un período de seis meses, las siguientes medidas cautelares:

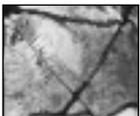
«1) Ordenar a las empresa 3M ESPAÑA, S.A. y SIGESA, S.A. que suministren a IASIST S.A. las licencias del agrupador AP-GRD en condiciones no discriminatorias para que ésta pueda suministrarlo directamente a sus clientes, con independencia de cualquier cláusula del contrato entre 3M ESPAÑA S.A. y SIGESA S.A. que pudiera oponerse a ello, permitiendo, en consecuencia, la venta directa por parte de SIGESA S.A. a IASIST S.A. tanto cuando es cliente final como cuando precisa el agrupador para ser combinado con el analizador CLINOS para otro cliente. En virtud de ello, IASIST S.A. deberá poder actuar como interlocutor de su cliente con 3M/SIGESA, recibiendo el producto directamente y efectuando el pago sin perjuicio de que el hospital pueda, si así lo prefiriere, contactar directamente con 3M/SIGESA para obtener el suministro del mencionado agrupador.

2) Ordenar a 3M ESPAÑA, S.A. y a SIGESA, S.A. que proporcionen a IASIST S.A. toda la información relativa a precios y condiciones de suministro del agrupador para cada período de referencia, de forma que IASIST pueda conocer sin ambigüedad, antes de realizar su oferta, el precio al que el producto total llegará a su cliente».

2. En escritos de 11 y 15 de mayo de 2000 la empresa IASIST, tras dar cuenta del intercambio de correspondencia con las empresas 3M y SIGESA sobre las citadas medidas cautelares, denunciaba el posible incumplimiento de las mismas.

El 31 de mayo tuvo entrada en el Tribunal un escrito del Servicio en el que se informaba sobre el incidente suscitado. Este incidente dió lugar a que el Tribunal, tras cumplir los trámites oportunos, con fecha 22 de junio de 2000, resolviese:

«10) Ordenar a las empresa 3M ESPAÑA, S.A. y SIGESA, S.A. que suministren a IASIST S.A. las licencias del agrupador AP-GRD en condiciones no discriminatorias para que ésta pueda suministrarlo directamente a sus clientes, con independencia de cualquier cláusula del contrato entre 3M ESPAÑA S.A. y SIGESA S.A. que pudiera oponerse a ello, permitiendo, en consecuencia, la venta directa por parte de SIGESA S.A. a IASIST S.A. tanto cuando es cliente final como cuando precisa el agrupador para ser combinado con el analizador CLINOS para otro cliente. En



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

virtud de ello, IASIST S.A. deberá poder actuar como interlocutor de su cliente con 3M/SIGESA, recibiendo el producto directamente y efectuando el pago sin perjuicio de que el hospital pueda, si así lo prefiriere, contactar directamente con 3M/SIGESA para obtener el suministro del mencionado agrupador. Ante cada pedido concreto de IASIST, 3M deberá remitir el correspondiente contrato de licencia con los datos relativos al cliente en blanco, siendo IASIST responsable de la veracidad de los datos que figuren en el contrato y del inmediato traslado de los mismos a 3M.

20) Ordenar a 3M ESPAÑA, S.A. y a SIGESA, S.A. que proporcionen a IASIST S.A. toda la información relativa a precios finales y condiciones de suministro del agrupador para cada período de referencia, de forma que IASIST pueda conocer sin ambigüedad, antes de realizar su oferta, el precio al que el producto total llegará a su cliente. La información previa de precios finales se refiere no solo a los establecidos con carácter general sino a aquellos que 3M pueda aplicar a grandes clientes o situaciones especiales, así como a los descuentos que pueda realizar a determinados clientes. En ningún caso, el plazo de suministro superará los treinta días desde la fecha del pedido.»

3. El 2 de octubre tiene entrada en el Tribunal un escrito del Servicio en el que se informa sobre vigilancia de las medidas cautelares y se comunica que, encontrándose éstas próximas a su expiración, se ha recibido escrito de IASIST en el que se solicita la imposición de nuevas medidas cautelares. En relación con éstas, la opinión del Servicio es la siguiente:

«Cumpliéndose los requisitos establecidos por el Tribunal para la adopción de medidas cautelares, el Servicio considera que procede la adopción de nuevas medidas en el mercado de agrupadores, que permitan garantizar el funcionamiento transparente y no discriminatorio del mercado conexo de analizadores. Por otra parte, y a la vista de los problemas de interpretación a que dio lugar la Resolución de 6 de abril de 2000, que fueron solventados por la Resolución de 22 de junio de 2000, el Servicio considera oportuno proponer a ese Tribunal la adopción de las mismas medidas que se dispusieron en esta última, y en particular:

1. Ordenar a las empresas 3M ESPAÑA S.A. y SIGESA S.A. que suministren a IASIST S.A. las licencias del agrupador AP-GRD en condiciones no discriminatorias para que ésta pueda suministrarlo directamente a sus clientes, con independencia de cualquier cláusula en el contrato entre 3M ESPAÑA S.A. y SIGESA S.A. que pudiera oponerse a ello, permitiendo, en consecuencia, la venta directa por parte de SIGESA S.A. a IASIST S.A. tanto cuando es cliente final como cuando precisa el agrupador para ser combinado con el analizador CLINOS para otro cliente. En virtud de ello, IASIST S.A. deberá poder actuar como interlocutor de su cliente con 3M/SIGESA, recibiendo el producto directamente y efectuando el pago sin perjuicio de que el hospital pueda, si así lo prefiriere, contactar directamente con 3M/SIGESA para obtener el suministro del mencionado agrupador. Ante cada pedido concreto de IASIST, 3M deberá remitir el correspondiente contrato de licencia con los datos relativos al cliente en blanco, siendo IASIST responsable de la veracidad de los datos que figuren en el contrato y del inmediato traslado de los mismos a 3M.

2. Ordenar a 3M ESPAÑA S.A. y SIGESA S.A. que proporcionen a IASIST S.A. toda la información relativa a precios finales y condiciones de suministro del agrupador para cada período de referencia, de forma que IASIS pueda conocer sin ambigüedad, antes de realizar su oferta, el precio al que el producto total llegará a su cliente. La información previa de los precios finales se refiere no sólo a los establecimientos con carácter general sino a aquellos que 3M pueda aplicar a grandes clientes o situaciones especiales, así como a los descuentos que pueda realizar a determinados clientes. En ningún caso, el plazo de suministro superará los treinta días desde la fecha de pedido.

A pesar de que las medidas han sido solicitadas nuevamente a instancia de los interesados y, por tanto, el TDC de conformidad con el artículo 45.1 de la LDC podría exigir la prestación de una fianza, teniendo en cuenta que las medidas propuestas tienen carácter meramente conservativo y por consiguiente, no pueden causar ningún daño a 3M, el Servicio estima que no procede imponer fianza a los solicitantes».

4. Por Providencia de 6 de octubre de 2000 se abrió un trámite de alegaciones de las partes en el que han comparecido éstas.

5. El Pleno del Tribunal deliberó y falló sobre este asunto en su sesión del 24 de octubre de 2000.

6. Son interesados:

- IASIST S.A.
- 3M ESPAÑA S.A.
- SIGESA S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se dilucida en el presente expediente la conveniencia de establecer nuevas medidas cautelares, en términos similares a la establecidas por este Tribunal en su Resolución de 6 de abril de 2000, recaída en el Expediente MC 31/00, tal y como fueron aclaradas posteriormente mediante Resolución de 22 de junio de 2000.

2. El artículo 45 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, establece que, una vez iniciado el expediente, el Servicio podrá proponer en cualquier momento, de oficio o instancia de los interesados, las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte. Dichas medidas no podrán originar perjuicios irreparables a los interesados y deberán establecerse por un plazo máximo de seis meses.

3. El denunciante alega en su escrito de petición de nuevas medidas, y el Servicio hace suyo el argumento, que las medidas cautelares impuestas por el Tribunal están resultando eficaces en la medida que han permitido a IASIST el reestablecer la posibilidad de suministrar el analizador conjuntamente con el agrupador AP-GRD, necesario para el funcionamiento de aquél, y tal y como demanda el mercado. (escrito de IASIST, folio 1742).

Existe un *periculum in mora* que deriva de la probabilidad de que el mercado de esos productos registre una importante actividad durante los próximos meses, al llegar a su vencimiento las licencias con las operan un cierto número de importantes establecimientos hospitalarios. Por ello, de no establecerse nuevas medidas cautelares, podrían resultar en buen grado infructuosas las medidas que, en su día, adoptase el Tribunal en su Resolución final al expediente.

En opinión del denunciante y del Servicio las medidas cautelares no están causando un daño a 3M ya que sigue vendiendo el mismo número de agrupadores AP-GRD.

4. 3M y SIGESA arguyen, en esencia, que las medidas cautelares son innecesarias, por lo que no puede considerarse que exista un *periculum in mora*. Según la representación de 3M, no es necesario que los clientes hospitalarios dispongan de un producto integral, suministrado a través de un proveedor único, por lo que la situación anterior a las primeras medidas cautelares, en la que el analizador CLIOS de IASIST se comercializaba independientemente del agrupador de 3M, correspondía a un funcionamiento sano del mercado, en el que cada empresa recibía los frutos de su esfuerzo en el campo de la investigación. Ese mismo hecho determina, en opinión de 3M, que el precio no sea un elemento esencial para IASIST, por lo que no es necesario que esa empresa conozca los precios del agrupador en las condiciones señaladas por el Tri-



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

bunal. SIGESA arguye, además, que las medidas cautelares que vencen han tenido escasa eficacia puesto que sólo han permitido a IASIST captar un cliente nuevo.

3M aduce, finalmente, que las medidas cautelares adoptadas con fecha 6 de abril de 2000 han supuesto una auténtica discriminación en su contra en cuanto que han permitido a IASIST acomodar su oferta de CLINOS al precio del AP-GRD y obtener así una ventaja en el terreno en que ambas empresas compiten directamente.

5. Ante estos argumentos, el Tribunal debe reiterar la doctrina reseñada en la Resolución de 19 de julio de 1999 dictada en el Expediente MC 30/99 en la que se señala que, llegadas a término unas medidas cautelares, procede el establecimiento de otras idénticas si persisten las circunstancias que dieron lugar a las primeras. En concreto el Tribunal señalaba:

«En cuanto a los motivos de índole procesal, el primero es que, según GLAXO, resulta inadmisibile la propuesta del Servicio porque la misma implica una prórroga de las antiguas medidas cautelares, contra lo prescrito en el artículo 45.6 LDC según el TDC ha venido interpretando tradicionalmente dicho precepto. Esta opinión del letrado de GLAXO no puede ser compartida por este Tribunal, el cual considera que el Servicio ha analizado nuevamente las circunstancias del caso y, tras ese ejercicio, en parte alimentado por los resultados de su vigilancia sobre el cumplimiento de las primeras medidas cautelares, ha llegado a la conclusión de que persistían las circunstancias que aconsejaron la adopción de aquéllas. Y, por eso, propone unas nuevas medidas cautelares muy parecidas a las primeramente adoptadas».

En el mismo sentido, en su Resolución de 27 de julio de 1998, dictada en el Expediente MC 27/98, el Tribunal señalaba:

«Finalmente el artículo 45.6 LDC establece que la duración de las medidas cautelares no podrá exceder de seis meses sin perjuicio de que, como ha venido entendiendo el Tribunal, una vez transcurrido dicho plazo si no hubiera recaído Resolución en el expediente principal, se pueda promover un nuevo expediente de medidas cautelares. Por ello, las medidas deberán concederse por dicho plazo».

En los momentos actuales persisten las circunstancias que dieron origen a las primeras medidas cautelares, circunstancias que consisten en que la empresa IASIST se encuentra en una desventaja competitiva si no consigue realizar una oferta en la que su analizador CLINOS se integre con el agrupador de AP-GRD. 3M critica este enfoque y opina que las dos ofertas pueden desvincularse. Sin embargo, frente a esa crítica, el Tribunal reitera lo señalado en el FD 2. de la Resolución de 6 de abril de 2000, en la que se impusieron las primeras medidas cautelares; en dicho FD se llegaba a la conclusión de que:

«La demanda de estos productos, cuyo uso es obligado en los hospitales públicos, tal como se señala en el AH 4, se caracteriza por que los hospitales exigen de las empresas suministradoras la oferta simultánea de ambos productos, circunstancia de la que surgen las controversias del presente expediente, al quedar condicionada la competencia en el mercado de analizadores por las posibles conductas excluyentes en el mercado de agrupadores».

Las características del mercado no han variado desde que se adoptó dicha Resolución por lo que lo señalado en el FD3 debe considerarse plenamente válido.

6. Otro aspecto diferente es el de si ha variado el *periculum in mora*. En este sentido SIGESA arguye que el efecto de las medidas cautelares sobre IASIST ha sido muy escaso, ya que de los cuatro suministros que IASIST afirma haber obtenido, sólo uno corresponde a clientes nuevos, por lo que tampoco se seguirán

efectos favorables para esa empresa de la adopción de nuevas medidas (y, en sentido contrario, no existe peligro alguno para su posición de mercado en el caso de no imponerse las medidas). Estos argumentos son de naturaleza fáctica por lo que el Tribunal, al enjuiciar sobre si las medidas anteriores han sido o no útiles, se apoya en la apreciación del Servicio que considera taxativamente que

«La adopción de medidas cautelares ha producido un claro efecto positivo y ha servido para restablecer la posibilidad de suministrar el analizador CLINOS con el agrupador AP-GRD, tal y como lo demanda el mercado. Se recogen distintos ejemplos de hospitales que han mantenido sus relaciones con IASIST pese a la necesidad de renovar sus licencias e incluso de hospitales que han decidido cambiar a CLINOS, como el Hospital de Valdecilla».

En todo caso, al evaluar ese hecho, el Tribunal ha tenido en cuenta que, de resultar ciertas las afirmaciones de SIGESA, las medidas cautelares habrían resultado totalmente inocuas para la propia SIGESA y previsiblemente lo serían también en el futuro, por lo que la prudencia exige pronunciarse a favor de unas medidas que, en el peor de los casos, resultarían intrascendentes y, en el mejor de los casos, tendrían claros efectos positivos sobre el mercado. Esta consideración hace también innecesario el establecimiento de una fianza.

Por tanto, persistiendo las circunstancias que, en su día, dieron lugar a la imposición de unas primeras medidas cautelares y teniendo en cuenta los argumentos anteriores respecto a que dichas medidas pueden ser útiles en el futuro y que no causan perjuicios irreparables para 3M y SIGESA, el Tribunal ha acordado el establecimiento de unas nuevas medidas en condiciones iguales a las que se impusieron el 22 de junio de 2000.

Por ello el Tribunal

RESUELVE

1. Ordenar a las empresas 3M ESPAÑA S.A. y SIGESA S.A. que suministren a IASIST S.A. las licencias del agrupador AP-GRD en condiciones no discriminatorias para que ésta pueda suministrarlo directamente a sus clientes, con independencia de cualquier cláusula en el contrato entre 3M ESPAÑA S.A. y SIGESA S.A. que pudiera oponerse a ello, permitiendo, en consecuencia, la venta directa por parte de SIGESA S.A. a IASIST S.A. tanto cuando es cliente final como cuando precisa el agrupador para ser combinado con el analizador CLINOS para otro cliente. En virtud de ello, IASIST S.A. deberá poder actuar como interlocutor de su cliente con 3M/SIGESA, recibiendo el producto directamente y efectuando el pago sin perjuicio de que el hospital pueda, si así lo prefiere, contactar directamente con 3M/SIGESA para obtener el suministro del mencionado agrupador. Ante cada pedido concreto de IASIST, 3M deberá remitir el correspondiente contrato de licencia con los datos relativos al cliente en blanco, siendo IASIST responsable de la veracidad de los datos que figuren en el contrato y del inmediato traslado de los mismos a 3M.

2. Ordenar a 3M ESPAÑA S.A. y a SIGESA S.A. que proporcionen a IASIST S.A. toda la información relativa a precios finales y condiciones de suministro del agrupador para cada período de referencia, de forma que IASIST pueda conocer sin ambigüedad, antes de realizar su oferta, el precio al que el producto total llegará a su cliente. La información previa de los precios finales se refiere no sólo a los establecidos con carácter general sino a aquéllos que 3M pueda aplicar a grandes clientes o situaciones especiales, así como a los descuentos que pueda realizar a determinados clientes. En ningún caso, el plazo de suministro superará los treinta días desde la fecha de pedido.

3. Estas medidas tendrán una duración de seis meses a contar desde la fecha de la notificación de esta Resolución.



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

11) La Resolución de 6 de abril de 2000 establecía para el período cautelar un marco de relación comercial entre IASIST y las empresas 3M y SIGESA en el que IASIST podría complementar su oferta en el mercado de *analizadores* ofreciendo el *agrupador* de 3M sin incertidumbre alguna en cuanto a su precio y condiciones de entrega, con la seguridad de que tales condiciones no serían diferentes a las que 3M y SIGESA pudieran estar aplicando a sus propios clientes y sin que su negociación con clientes sufriese la interferencia de su competidor en el mercado de analizadores una vez que éste era advertido por la demanda de IASIST del agrupador propiedad de 3M.

21) IASIST considera que las empresas 3M y SIGESA han incurrido en un incumplimiento parcial de las medidas cautelares adoptadas por Resolución de este Tribunal de 6 de abril de 2000, ya que dichas empresas no han facilitado toda la información relativa a precios y condiciones de suministro del agrupador AP-GRD exigida por la segunda medida cautelar, no han suministrado las licencias en las condiciones no discriminatorias a que hacía referencia la primera medida cautelar y, por último, exigen datos sobre los clientes de IASIST antes de enviar la licencia, sin respetar la confidencialidad de la oferta de IASIST que garantizaba la primera medida cautelar.

31) IASIST estima que 3M no ha respetado la obligación de proporcionarle toda la información relativa a precios del agrupador AP, por una parte, porque el listado facilitado por 3M se refiere al precio final de venta, sin incluir los precios con que 3M cede el producto a su distribuidor SIGESA y, por otra parte, porque no se han aportado los precios corporativos que 3M aplica a grandes clientes.

Por lo que se refiere al hecho de que 3M no facilitase los precios en el escalón distribuidor, el Tribunal no considera que se haya incumplido lo que ordenó en las medidas cautelares citadas ya que nada había en ellas que obligase a 3M a cederlos, puesto que, como se ha señalado antes, tales medidas sólo pretendían que IASIST conociera el precio al que el usuario final hubiera podido disponer del agrupador AP si le hubiera sido ofrecido por 3M a través de su distribuidor SIGESA.

Con respecto al hecho de que 3M no proporcionó en un primer momento los precios corporativos a grandes clientes, 3M, en su escrito de 9 de junio de 2000, señala que sólo el INSALUD tiene tal carácter de gran cliente y que esta información es conocida tanto por los hospitales como por IASIST, alegando que, en menos de 24 horas, al identificar 3M que el cliente de IASIST pertenecía al grupo de grandes clientes suministró toda la información necesaria.

Por su parte, SIGESA indica, en su escrito de 29 de mayo, que estos datos estarían incluidos en la documentación correspondiente al Concurso de determinación de tipo número 16/99 publicado en el *BOE*, de 30 de julio de 1999.

El Tribunal considera que tampoco en este aspecto puede hablarse de incumplimiento ya que, aunque la medida cautelar segunda establecía con toda claridad la obligación de 3M y SIGESA de proporcionar a IASIST con carácter previo toda la información relativa a precios finales, la demora en notificar los precios a grandes clientes ha sido muy breve, se ha visto paliada por la celeridad con que 3M respondió al requerimiento de IASIST y pudiera justificarse en la confianza de 3M y SIGESA de que tal información era conocida por los hospitales y por los competidores.

No obstante, procede modificar la medida cautelar para que, de forma inequívoca, los precios a grandes clientes queden incluidos entre los que, de forma previa, deben ser notificados a IASIST.

41) Considera IASIST que, en contra de lo ordenado por el Tribunal, ha resultado discriminada con respecto a SIGESA al no obtener ningún margen de distribución por los productos de 3M que vende y al haber impuesto 3M un plazo de treinta días para la entrega del producto.

IASIST, en sus alegaciones al escrito de vigilancia del Servicio, sostiene que 3M debe cederle el agrupador AP al mismo precio que se lo cede a su distribuidor SIGESA pues, de lo contrario, SIGESA podrá ofrecer dicho producto a precios más bajos si renuncia a una parte de su margen habitual.

Por su parte, 3M señala que SIGESA no puede alterar el precio de venta al público, minorando su comisión ya que expresamente lo prohíbe el contrato que les une.

El Tribunal, considerando que las relaciones contractuales entre 3M y SIGESA están siendo examinadas por el Servicio en el expediente principal en curso, no debe entrar en el fondo de esta discrepancia, pero desestima la alegación de IASIST porque la primera de las medidas cautelares de la Resolución de 6 de abril de 2000 eliminaba cualquier obstáculo contractual entre 3M y su distribuidor SIGESA que pudiera impedir la venta de los agrupadores AP por SIGESA a IASIST, sin establecer, por otra parte, que 3M tuviera que remunerar los servicios de IASIST en la distribución del agrupador AP, cuando tales servicios no son deseados sino impuestos y cuando lo que con ellos se pretende es la venta de productos competidores con los de 3M en el mercado de los analizadores. Este razonamiento estaba también en el fondo de la no imposición de fianza a IASIST al estimarse que 3M se beneficiaba también de la utilización por IASIST de las medidas cautelares ya que ello implicaba la venta de los agrupadores AP de 3M, sin gasto alguno en la búsqueda de cliente.

Por lo que respecta al plazo de entrega, se señalaba que no debe ser discriminatorio con el obtenido por SIGESA.

3M explica en sus alegaciones que se ha comprometido a suministrar a IASIST en el plazo de un mes porque éste es el plazo medio en el suministro de este producto, sorprendiéndose de que IASIST lo cuestione cuando en el contrato de 1994 entre IASIST y 3M figuraba el plazo máximo de treinta días.

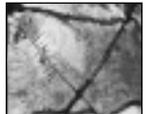
El Tribunal admite estas alegaciones de 3M aunque estima procedente incluirlo en el texto de las medidas cautelares modificadas con objeto de eliminar un posible equívoco entre el carácter medio y máximo de los plazos.

51) Por último, ante la reclamación de IASIST sobre los datos que exige 3M para extender la licencia correspondiente al agrupador AP, las medidas cautelares establecían que IASIST debería poder actuar como interlocutor de su cliente con 3M/SIGESA, recibiendo el producto directamente y efectuando el pago. Se explicaba en el fundamento jurídico cuarto de la Resolución de 6 de abril que IASIST debería ser capaz de suministrar el conjunto de ambos elementos (su analizador CLINOS y el agrupador AP de 3M) sin que el hospital tuviera que realizar gestiones adicionales ante 3M/SIGESA que pudieran hacerles desistir de su decisión.

En este sentido, coincide el Tribunal con el razonamiento de IASIST según el cual las exigencias de 3M de conocer el nombre del hospital y el nombre de la persona que suscribirá el contrato esterilizarían completamente el efecto de no interferencia que la medida cautelar citada pretendía.

Ante las soluciones alternativas propuestas por IASIST de obtener de 3M licencias en depósito o de recibir, una vez asegurado el cliente, el contrato de licencia con estos datos en blanco, el Tribunal, teniendo en cuenta también la propuesta del Servicio, considera más adecuada la segunda, siempre que IASIST se responsabilice de la veracidad de los datos y los comunique inmediatamente a 3M.

61) Una cuestión que preocupa tanto al denunciante como a los denunciados es la forma en que IASIST se presenta ante los clientes. Preocupa a 3M y SIGESA que IASIST se presente como distribuidor de 3M ya que tal situación no se corresponde a la realidad y cree IASIST que puede presentarse ante los clientes como totalmente capacitado para ofrecer los agrupadores AP de 3M.



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

Esta cuestión inmaterial resulta de difícil formalización para el Tribunal, pero estima que debe resolverse, en el caso de que sea necesario, con la verdad de los hechos: IASIST debe indicar a sus clientes que durante el período cautelar está facultado para ofrecer el producto de 3M, pero señalando que es debido a estas medidas cautelares y no porque 3M le haya designado como distribuidor.

71) El artículo 45.5 LDC faculta al Tribunal para modificar, a propuesta del Servicio, las medidas cautelares, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieran ser conocidas al tiempo de su adopción.

Vistos los preceptos legales y demás de general aplicación, el Tribunal

RESUELVE

Primero: Modificar las medidas cautelares establecidas por Resolución de 6 de abril de 2000 que para el resto del plazo cautelar establecido, quedan redactadas de la siguiente forma:

10) Ordenar a las empresa 3M ESPAÑA, S.A. y SIGESA, S.A. que suministren a IASIST S.A. las licencias del agrupador AP-GRD en condiciones no discriminatorias para que ésta pueda suministrarlo directamente a sus clientes, con independencia de cualquier cláusula del contrato entre 3M ESPAÑA S.A. y SIGESA S.A. que pudiera oponerse a ello, permitiendo, en consecuencia, la venta directa por parte de SIGESA S.A. a IASIST S.A. tanto cuando es cliente final como cuando precisa el agrupador para ser combinado con el analizador CLINOS para otro cliente. En virtud de ello, IASIST S.A. deberá poder actuar como interlocutor de su cliente con 3M/SIGESA, recibiendo el producto directamente y efectuando el pago sin perjuicio de que el hospital pueda, si así lo prefiere, contactar directamente con 3M/SIGESA para obtener el suministro del mencionado agrupador. Ante cada pedido concreto de IASIST, 3M deberá remitir el correspondiente contrato de licencia con los datos relativos al cliente en blanco, siendo IASIST responsable de la veracidad de los datos que figuren en el contrato y del inmediato traslado de los mismos a 3M.

20) Ordenar a 3M ESPAÑA, S.A. y a SIGESA, S.A. que proporcionen a IASIST S.A. toda la información relativa a precios finales y condiciones de suministro del agrupador para cada período de referencia, de forma que IASIST pueda conocer sin ambigüedad, antes de realizar su oferta, el precio al que el producto total llegará a su cliente. La información previa de precios finales se refiere no solo a los establecidos con carácter general sino a aquellos que 3M pueda aplicar a grandes clientes o situaciones especiales, así como a los descuentos que pueda realizar a determinados clientes. En ningún caso, el plazo de suministro superará los treinta días desde la fecha del pedido.

Segundo: Establecer una multa coercitiva de 50.000 pesetas diarias en caso de que se incumplan total o parcialmente las medidas ordenadas en esta Resolución.

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

Expediente R 420/00, Glaxo Wellcome

■ En Madrid, a 8 de noviembre del año 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal TDC), con la composición expresada al margen

y siendo Ponente el Vocal Don José Juan Franch Menéu, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 420/00 (2023/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio), incoado para resolver el recurso interpuesto por Spain Pharma, S.A., contra el Acuerdo del Servicio de fecha 24 de febrero del año 2000 por el que se sobreseían parcialmente, en lo que se refiere a las acusaciones contra Syntelabo Longa, S.A., Farmacusi, S.A., Laboratorios Novag, S.A., Pensa, Laboratorios Menarini y Novartis Consumer Health, S.A., las actuaciones derivadas de la denuncia presentada por Spain Pharma con fecha 9 de julio de 1998 contra Glaxo Wellcome, S.A., sus filiales y Laboratorios Alter, S.A., que fue archivada parcialmente por Acuerdo del Director del Servicio, con fecha 8 de febrero de 1999 y que, como consecuencia de la estimación del recurso presentado por el denunciante, dio lugar al expediente del Servicio de referencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En escrito recibido en el Servicio con fecha 9 de julio de 1998, Don Santiago Muñoz Machado, actuando como representante legal de Spain Pharma, S.A., formulaba denuncia contra Glaxo Wellcome, sus filiales y Laboratorios Alter por supuestas conductas prohibidas por los artículos 85 y 86 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), consistentes en la adopción y puesta en práctica, a través de distintas medidas, de una política destinada a impedir la exportación paralela de sus productos desde España a otros países comunitarios.

2. Mediante Providencia de 8 de febrero de 1999 el Servicio considera que —teniendo en cuenta que Alter no había tenido nunca relaciones comerciales con Spain Pharma en lo que se refiere a suministro de especialidades farmacéuticas para su posterior distribución y que Alter no está obligado a suministrar productos a todos los mayoristas que le realicen pedidos, dado que no tiene posición de dominio— de estos hechos no puede deducirse la existencia de indicios de restricciones a las exportaciones paralelas en las cláusulas de los contratos de licencia firmados por Glaxo y Alter.

Por ello, Acuerda:

«1. Proceder al Archivo de la denuncia en lo referente a la posible existencia de restricciones a la competencia en los contratos de licencia firmados por Glaxo y Alter.

2. Por lo que se refiere al otro hecho denunciado relacionado con el establecimiento, por parte de Glaxo, de unas nuevas Condiciones Generales de Venta con dos listas de precios diferentes y la negativa de suministro a todos aquellos mayoristas que no aceptaran las citadas condiciones, de conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 3 del artículo 36 de la LDC, se acuerda la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 85 y 86 del Tratado de la Unión Europea.

3. Dado que el contenido de los hechos objeto del expediente sancionador guardan íntima conexión con los del expediente 1789/98, incoado por providencia de fecha 22 de abril de 1998, se acuerda la acumulación al mismo al amparo de lo dispuesto en el artículo 36.5 de la LDC.»

3. El 26 de febrero de 1999 se recibió en el Tribunal un escrito de Spain Pharma por el que se interponía recurso contra el Acuerdo del Servicio de 8 de febrero de 1999 por el que se archivaba parcialmente su denuncia en lo relativo a la existencia de restricciones a la competencia en los contratos de licencia firmados por Glaxo y Alter, por considerar que la valoración de los hechos había sido deficiente. Dicho recurso se tramitó en el Tribunal como expediente r 360/99, Glaxo.



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

4. Con fecha 14 de junio de 1999 el Tribunal resuelve:

«1. Estimar el recurso interpuesto por Spain Pharma S.A. contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 8 de febrero de 1999 por el que se archiva parcialmente su denuncia en lo que se refiere a la posible existencia de restricciones a la competencia en los contratos de licencia firmados por Glaxo y Alter, el cual se revoca en dicho extremo.

2. Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de expediente sancionador para investigar las siguientes conductas denunciadas por Spain Pharma: a) las negativas de suministro de Glaxo Wellcome S.A., sus filiales y Laboratorios Alter a Spain Pharma de determinados productos farmacéuticos ocurridas antes de abril de 1998, y b) los presuntos acuerdos entre el grupo Glaxo Wellcome S.A. y sus licenciatarios españoles para evitar las exportaciones paralelas.»

5. El Servicio, el 29 de junio de 1999, en cumplimiento de lo ordenado en la Resolución del Tribunal citada en el punto anterior y de conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 3 del artículo 36 de la LDC, acuerda la incoación del correspondiente expediente sancionador. Las actuaciones se entendieron con Glaxo Wellcome, S.A., sus empresas filiales, los Laboratorios Alter, Synthelabo Alonga, Farmacusi, Novag, Pensa, Menarini, Almirall-Prodesfarma y Novartis Consumer Health, así como con cualesquiera otras personas o entidades que pudieran aparecer vinculadas con los hechos denunciados.

6. El 24 de febrero del año 2000 el Director del Servicio dicta acuerdo de sobreseimiento parcial del expediente número 2023/99, que tuvo su origen en la denuncia formulada por Spain Pharma contra Synthelabo Alonga (hoy Sanofi Synthelabo), Farmacusi, Novag, Pensa, Menarini y Novartis Consumer Health. En dicho acuerdo, el Servicio, entre otros argumentos y después de la pertinente investigación, concluye que esos seis laboratorios no son licenciatarios de Glaxo para los productos objeto de la denuncia (Zovirax, Imigran, Ventolín, Serevent, Becotide, Becloforte, Beconase y Lamictal) por lo que, en relación con estos laboratorios, se trata de una denuncia infundada. El expediente se siguió tramitando respecto a los demás imputados y respecto a los otros aspectos objeto de investigación.

7. El 10 de marzo del año 2000 tiene entrada en el Tribunal escrito de recurso de la denunciante contra el Acuerdo de sobreseimiento parcial citado en el punto anterior. La recurrente solicita que el Tribunal dicte en su día Resolución que revoque dicho Acuerdo en cuanto al sobreseimiento parcial de referencia y se ordene su continuidad investigadora profundizando en las distintas interrogantes que la investigación iniciada suscita.

En su escrito de recurso alega básicamente, reiterándose en argumentos anteriores, que no debe entenderse como licenciatario de Glaxo únicamente al que tiene concedida alguna licencia de cualquier principio activo cuya patente corresponda a Glaxo, sino que el licenciatario también puede ser el beneficiario de una licencia, normalmente contratada, pues, en el ámbito de las relaciones mercantiles, cualquier licencia, corresponda o no a un principio activo de los productos restringidos, puede abrir un marco de contraprestaciones colusorias para terceros. El Servicio debería investigar más, según la recurrente.

También señala que los seis laboratorios citados pagaban a Glaxo, bien directamente, o bien a través del intermediario Impex Química, un precio aparentemente desorbitado por el principio activo Aciclovir. Para la recurrente la única explicación posible era la existencia de un contrato de licencia (incluso críptico, dice) entre Glaxo y los citados laboratorios. Se pide además que el Servicio amplíe la investigación hacia otros productos como el Valaciclovir. También se señala la Ranitidina como otro principio activo para producir el Aciclovir. Niega además que Impex Química sea una empresa independiente de Glaxo. Concluye solicitando

que se profundice en la investigación de los precios cobrados por el principio activo Ranitidina por Glaxo, ya sea directamente o a través de Impex Química, y se comparen dichos precios con los vigentes en el mercado internacional.

8. El 13 de marzo del año 2000 el Tribunal pone en conocimiento del Servicio el contenido del recurso y, conforme con lo dispuesto en el artículo 48.1 LDC, recaba su Informe y las actuaciones seguidas.

9. El día 17 de marzo de 2000 el Director del Servicio efectúa la preceptiva remisión, indicando expresamente que el recurso ha sido interpuesto en plazo y, después de realizar algunas precisiones en relación con las alegaciones expuestas en el mismo, considera que no desvirtuaban las razones que fundamentaron el Acuerdo de sobreseimiento parcial, por lo que entendía que procede desestimar el recurso.

10. El 23 de marzo de 2000 el Tribunal, mediante Providencia, designa Ponente y, conforme a lo dispuesto en el artículo 48.3 LDC, acuerda poner de manifiesto el expediente a los interesados a fin de que formulen las alegaciones y presenten la documentación que estimen pertinente.

En el trámite de alegaciones la recurrente insiste en los argumentos de la denuncia y del recurso y aporta algunos argumentos contestando al informe del Servicio.

Los denunciados, por su parte, alegan que, como se ha confirmado también por las investigaciones realizadas por el Servicio, no tienen establecido contrato de licencia alguno con Glaxo respecto a ninguno de los productos a que se refiere el expediente ni tienen establecido acuerdo de clase alguna para evitar las exportaciones paralelas. Respecto a la adquisición a Impere Química, S.A. de Aciclovir (materia prima para uno de los productos que comercializan) a un precio excesivo, señalan que Aciclovir es el principio activo de uno solo de los ocho productos a que se refiere el expediente por lo que su relevancia es mínima y que Impex Química es uno de los más importantes fabricantes suministradores españoles de materias primas para la industria farmacéutica, siendo además una empresa económicamente independiente del Grupo Glaxo.

11. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en su reunión plenaria del día 10 de octubre del año 2000, deliberó y adoptó la presente Resolución, encargando su redacción al Vocal Ponente.

12. Son interesados:

- Spain Pharma, S.A.
- Glaxo Wellcome y sus filiales (Grupo Glaxo)
- Laboratorios Alter, S.A.
- Synthelabo Alonga, S.A.
- Farmacusi, S.A.
- Laboratorios Novag, S.A.
- Pensa
- Laboratorios Menarini
- Novartis Consumer Health, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Con fecha 14 de junio de 1999 el Tribunal estimó un recurso (Expediente r 360/99) interpuesto también por Spain Pharma, S.A. contra el Acuerdo del Servicio de 8 de febrero de 1999 e interés a éste la incoación de expediente sancionador para investigar las siguientes conductas denunciadas por Spain Pharma, S.A.: a) las negativas de suministro de Glaxo Wellcome, S.A., sus filiales y Laboratorios Alter a Spain Pharma de determinados productos farmacéuticos ocurridas antes de abril de 1998, y b) los presuntos acuerdos entre el Grupo Glaxo Wellcome, S.A. y sus licenciatarios españoles para evitar las exportaciones paralelas.



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

El Servicio, en cumplimiento de lo ordenado, acordó la incoación del correspondiente expediente sancionador y las actuaciones se entendieron con Glaxo Wellcome, S.A., sus empresas filiales, los Laboratorios Alter, Synthelabo Alonga, Farmacusi, Novag, Pensa, Menarini, Almirall-Prodefarma y Novartis Consumer Health.

El 24 de febrero de 2000, después de realizar la instrucción pertinente, el Director del Servicio acordó el sobreseimiento parcial del expediente contra Synthelabo Alonga (hoy Sanofi Synthelabo), Farmacusi, Novag, Pensa, Menarini y Novartis Consumer Health, continuándose en todo lo demás.

Es este último Acuerdo del Servicio el que es objeto de impugnación en este nuevo recurso ante el Tribunal.

2. La recurrente considera escasas las investigaciones del Servicio estimando necesario profundizar más en las relaciones de Glaxo y sus licenciatarios ya que no sólo y necesariamente son licenciatarios aquéllos que lo sean de los productos específicos contenidos en la denuncia y que son objeto de restricciones, sino que el licenciatario es el beneficiario de una licencia, normalmente contratada, pues en el ámbito de las relaciones y los «intereses mercantiles» cualquier licencia, corresponda o no a un principio activo de los productos restringidos, puede abrir un marco de contraprestaciones o compromisos colusorios para terceros. La recurrente presume culpabilidad en los presuntos licenciatarios por pagar éstos precios aparentemente desorbitados por el principio activo Aciclovir y otros como el Valaciclovir o la Ranitidina, bien directamente a Glaxo o bien a través del intermediario Impex Química.

Por otra parte, para tres de los laboratorios citados, Novartis, Menarini y Farmacusi, la recurrente y denunciante no pudo encontrar argumentación lógica para tal pago por lo que, en un ejercicio de prudencia razonable, comunicó al Servicio que, no siendo licenciatarios de Glaxo, no se opondría al sobreseimiento de sus actuaciones respecto a ellos.

3. Durante la instrucción del expediente el Servicio formuló solicitudes de información a los seis laboratorios para que facilitaran el nombre y dirección de sus proveedores de Aciclovir y el precio por kilo de producto pagado a los mismos, así como el nombre y dirección del laboratorio que fabrica su especialidad conteniendo Aciclovir (folio 1443). También se requirió a Glaxo para que facilitara la fecha de vencimiento de todas y cada una de las patentes de Aciclovir, el precio de suministro de dicho producto a Impex Química y el nombre de otras empresas a las que suministrase el citado producto (folio 1503). Asimismo, entre otras actuaciones, teniendo en cuenta los datos facilitados por el denunciante sobre los fabricantes o distribuidores de Aciclovir, se requirió a los mismos (Impex Química, S.A., Uquifa, Boral Química, S.A. y Almu, S.A.) para que facilitaran la fecha en la que comenzaron a fabricar o comercializar el Aciclovir así como el precio de compra y venta del citado producto, acreditándolo mediante las correspondientes facturas (folio 1506).

El Servicio señala, a la vista de las informaciones requeridas, que los seis laboratorios —imputados en un principio y sobreseído parcialmente el expediente después respecto a ellos— no son licenciatarios de Glaxo de los productos a que se refiere el expediente pero que, pese a ello, ha investigado también los hechos colaterales denunciados referidos a la compra del principio activo al que se hacía referencia anteriormente por si pudiera obtenerse algún dato que indicara la posible existencia de un acuerdo entre Glaxo y esos laboratorios que prohibiese las exportaciones paralelas, sin que se haya obtenido ningún resultado al respecto. También señala en el Acuerdo que, a pesar de que las últimas alegaciones a la Propuesta de Sobreseimiento tuvieron entrada fuera del plazo concedido para ello, fueron convenientemente analizadas.

No se puede sostener con fundamento que el Servicio no haya realizado una investigación apropiada. En este sentido debe declararse como también se hace en la reciente Resolución de 30 de octubre de 2000 (Expediente R 403/99, Autocares Calviá 3) que

«tratándose de la instrucción de los procedimientos sancionadores por el Servicio de Defensa de la Competencia, la actividad probatoria que se practique ha de tener como único fin el señalamiento por el artículo 37 de la Ley 16/1989, es decir, el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades, pero no el de satisfacer las peticiones del denunciante, por lo que la finalidad de la instrucción se cumple cuando el material probatorio reunido, ya sea aportado por las partes o incorporado por el propio Servicio, permite afirmar motivadamente que los hechos investigados no son subsumibles en alguna de las conductas tipificadas como prohibidas en los artículos 1, 6 y 7 de la Ley citada. No existe en el ámbito de la actuación de los Organos de Defensa de la Competencia un derecho subjetivo del denunciante a la instrucción del procedimiento, como pretende el recurrente, sino únicamente el derecho a obtener una resolución motivada de la Administración, que puede ser de sobreseimiento cuando, como aquí sucede, el Servicio estime que los hechos denunciados no son constitutivos de infracción».

De acuerdo con estos postulados, debe estimarse cumplida la instrucción en el supuesto examinado, ya que existen los datos necesarios para fundar el Acuerdo del Servicio de sobreseimiento parcial.

4. Teniendo en cuenta todos los datos en que se fundó el Acuerdo del Servicio así como lo aportado por las partes en sus alegaciones ante el Tribunal, se debe dar por acertada y equitativa la decisión acordada de sobreseimiento parcial del citado expediente continuándose su tramitación en lo que se refiere al análisis de los presuntos acuerdos entre el grupo Glaxo Wellcome, S.A. y sus licenciatarios españoles Alter, Faes y Almirall Prodesfarma; las negativas de suministro de Glaxo Wellcome, S.A., sus filiales y Laboratorios Alter a Spain Pharma de determinados productos farmacéuticos ocurridas antes de abril de 1998, así como la negativa de suministro de Faes para limitar la exportación de los productos que Faes fabrica bajo licencia Glaxo.

En efecto, se ha acreditado a lo largo de la instrucción que los seis laboratorios no tienen establecido contrato de licencia alguno con Glaxo respecto de ninguno de los productos a que se refiere el expediente y la denuncia (Zovirax, Inmigran, Ventolín, Serevent, Becotide, Becloforte, Beconase y Lamictal) en la que no se hacía referencia alguna ni a productos que contenían Valaciclovir y Ranitidina como principio activo ni a las supuestas relaciones entre Impex Química y el Grupo Glaxo. Dado que lo que el Tribunal ordenó fue que se investigaran los presuntos acuerdos entre el Grupo Glaxo y sus licenciatarios españoles para evitar las exportaciones paralelas es lógico que se acordara el sobreseimiento parcial antes y la desestimación del recurso ahora. Más lógico aún si se considera que la propia recurrente encontró razonable no oponerse al sobreseimiento respecto a tres de los laboratorios, cuando es lo cierto y constatado que tanto éstos como los otros tres se encuentran en idénticas posiciones y todos ellos adquieren el principio activo Aciclovir a Impex Química y a los mismos precios.

Por otra parte, Impex Química es uno de los más importantes fabricantes suministradores españoles de materias primas para la industria farmacéutica (entre ellas la más importante es el Aciclovir que, por otro lado, es el principio activo de uno solo de los ocho productos a que se refiere el expediente y su relevancia es por ello mínima) y según consta en el folio 1.500 es una empresa económicamente independiente del Grupo Glaxo. Siendo catalogada Impex Química como de reconocida solvencia técnica y capacidad de suministro, es lógico, en un sector donde la garantía de calidad de las materias primas a emplear en la fabricación de medicamentos resulta vital, que sea a ella a quien se adquiera dicho principio activo por la mayoría de los laboratorios. Si, además, el grado de concentración, densidad, granulometría y otras características de un principio activo pueden variar de un suministrador a otro, pudiendo tener una considerable repercusión en el precio, ello incide de forma notable en el procedimiento de fabricación y en definitiva en los costes. Las diferencias de precios existentes entre unos y otros fabricantes de Aciclovir pueden ser



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

debidas, entre otras, a que mientras unos deben repercutir en sus costes los costes de Investigación y Desarrollo, otros no tienen esos gastos. No se puede concluir que el hecho de adquirir el principio activo a un precio más elevado suponga que existe un contrato de licencia oculto entre Glaxo y esos laboratorios máxime cuando el producto no se adquiere al Glaxo sino a Impex Química.

Por todo ello, el Tribunal considera correcto el Acuerdo del Servicio de sobreseimiento parcial respecto a los presuntos acuerdos entre el Grupo Glaxo y los laboratorios citados para evitar las exportaciones paralelas.

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

RESUELVE

Unico. Desestimar el recurso interpuesto por Spain Pharma, S.A. contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de fecha 24 de febrero del año 2000 por el que se sobreseía parcialmente, en lo que se refiere a las acusaciones contra Synthelabo Alonga, S.A., Farmacusi, S.A., Laboratorios Novag, S.A., Pensa, Laboratorios Menarini y Novartis Consumer Health, S.A., el expediente incoado en virtud de la denuncia presentada también por Spain Pharma con fecha 9 de julio de 1998.

Comuníquese la presente Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución. ■

Expediente A 274/00 Publicidad Bebidas Espirituosas

■ En Madrid, a 10 de noviembre de 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada arriba y siendo Ponente el Vocal Señor Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 274/00, (2.106/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC) iniciado como consecuencia de la solicitud de autorización singular formulada al amparo del artículo 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, por la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE) para el establecimiento de un Código de Autorregulación Publicitaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante Providencia del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de fecha 20 de diciembre de 1999, se acordó la admisión a trámite de la solicitud y la incoación del expediente 2.106/99, designando las correspondientes Instructora y Secretaria (folio 324). Del citado Acuerdo se dio el oportuno traslado al solicitante (folio 329), según dispone el artículo 36.3 de la LDC.

2. El 20 de diciembre de 1999, la Instructora dispuso que se formalizase una nota extracto a los efectos del trámite de información pública a que se refiere el artículo 38.3 de la LDC y artículo 5 del Real Decreto 157/1992 (folio 325). Previa autorización del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, el aviso se ha publicado en el BOE, número 310, de 28 de diciembre de 1999 (folio 339), sin que como consecuencia de ese trámite se produjesen comparecencias o alegaciones por parte de terceros.

3. Igualmente, con fecha 21 de diciembre de 1999, se solicitó al Instituto Nacional del Consumo el informe del Consejo de Consumidores y Usuarios previsto en el artículo 38.4 de la Ley 16/1989 y artículo 5 del Real Decreto 157/1992 (folio 327).

4. Por Providencia de 27 de enero de 2000 el Tribunal admitió a trámite el expediente.

5. El 29 de febrero, el SDC remitió el informe del Consejo de Consumidores y Usuarios.

6. FEBE presentó su escrito de alegaciones el 23 de marzo de 2000.

7. El Tribunal, por Providencia de 6 de octubre de 2000, con el objeto principal de examinar el artículo 15 del código para el que se solicita autorización, convocó audiencia preliminar que se celebró el 11 de octubre de 2000

8. El 26 de octubre de 2000 FEBE presentó un escrito al que adjuntaba documentación sobre la Asociación de Autorregulación de la Publicidad (AAP).

9. El Pleno del Tribunal, en su sesión del 31 de octubre de 2000, deliberó y falló sobre este expediente, encargando la redacción de la Resolución al Vocal Ponente.

10. Es interesada la Federación Española de Bebidas Espirituosas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

11. FEBE solicita autorización singular para la implantación, con carácter vinculante para todos los miembros de la Asociación, de un código de autorregulación de la publicidad de las bebidas alcohólicas elaboradas, comercializadas o importadas por los miembros de FEBE, que afectará a la publicidad que se edite, difunda o emita en el territorio español de aquellas bebidas alcohólicas con un contenido en alcohol superior a 1 grado volumétrico, a excepción de la cerveza, el vino y sus derivados.

12. En su informe, el Servicio considera que se trata de un acuerdo entre empresas que autolimita su política publicitaria y, en esa medida, restringe la competencia entre ellas en un factor importante de su política comercial siendo, por tanto, un acuerdo de los tipificados en el artículo 1 de la LDC, para cuya práctica se requiere la autorización singular contemplada en el artículo 3 de la misma Ley que prevé la posibilidad de autorizar acuerdos y conductas de las referidas en el artículo 1 que contribuyan a mejorar la producción o comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, siempre que permitan a los consumidores participar de sus ventajas, no impongan a las empresas restricciones que no sean indispensables para la consecución de los objetivos del acuerdo y no consientan la posibilidad de eliminar a competidores.

13 Con respecto al cumplimiento de estas condiciones exigidas por el artículo 3 LDC, el Servicio expone lo que sigue:

«En cuanto al requisito previo de que contribuya a mejorar la comercialización o el progreso, este Servicio considera que deben tenerse en cuenta las similitudes entre su «Artículo 1.º. Finalidad» del Código (folio 539), en el que se define el objeto del mismo «... precisar los principios y reglas deontológicas que deben observar la publicidad de las bebidas a las que se aplica este Código en beneficio del mercado, de los consumidores y del interés general, siempre de conformidad con la legislación aplicable ...» y el artículo 51 de la Constitución según el cual, «1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios ...»

Por lo que si bien se da una limitación en la autonomía de la política comercial de las empresas asociadas, esta limitación tiene como efecto proteger un interés de carácter general relacionado con el consumo de bebidas alcohólicas, asociado fundamentalmente a la seguridad vial y al consumo por menores de edad.

El mismo argumento citado en el párrafo anterior sirve para justificar el cumplimiento del epígrafe a) del artículo 3, ya que consumidores y usuarios se van a ver beneficiados por la disciplina publicitaria propuesta en el presente Código.

En cuanto a los requisitos b) y c) debe tenerse en cuenta que las restricciones propuestas, si bien no tan concretas como se encuentran en el Código, están enunciadas en diversas normas, tanto estatales como autonómicas.

Hay otro aspecto a considerar en este punto y es la posible discriminación entre empresas según la Comunidad Autónoma en la que se hayan ubicadas, ya que en algunas de ellas se ha regulado sobre drogodependencia y protección de menores, por lo que, en gran medida, aunque con ciertas diferencias, las normas previstas en el Código ya le son de aplicación, y aquellas otras empresas cuya sede radica en la Comunidad Autónoma que no haya dictado normas al respecto, por lo que la política publicitaria de dicha empresa tiene un margen mayor de actuación.

No considera el Servicio que las limitaciones impuestas a las empresas en el presente Código no sean indispensables para conseguir los objetivos propuestos y, por otra parte queda un margen muy amplio de publicidad y promoción a la libre autonomía de cada una de las empresas.»

4. En sus alegaciones de 23 de marzo de 2000, FEBE expone que comparte la apreciación del Servicio sobre los beneficios que aportará el código de autorregulación y que discrepa de su calificación como práctica prohibida por el artículo 1 LDC, necesitada, por tanto, de autorización, porque el mencionado código se limita a reproducir las normas de publicidad de bebidas alcohólicas o a especificar las cláusulas generales de éstas.

A este respecto, el Tribunal considera que el código de autocontrol publicitario obtenido mediante acuerdo de los miembros de FEBE va más allá de una simple recopilación de las normas legales internacionales, comunitarias, estatales y autonómicas sobre la materia, pues consiste, en realidad, en una síntesis de tales normas que impone condiciones uniformes a todas las empresas asociadas, sin las diferencias de regulación legalmente existentes según las diferentes Comunidades Autónomas. Al acordar el código de autorregulación, las empresas renuncian a grados de libertad de que antes disponían para su estrategia comercial en función de las mencionadas diferencias e incurrir en una restricción de la competencia prohibida por el mencionado artículo 1.

Por otra parte, coincide el Tribunal con el Servicio y con FEBE al estimar que el código de autorregulación, al tratar de limitar la publicidad de las bebidas alcohólicas para proteger intereses generales como la salud, la abstención de los menores de edad y la seguridad vial, hace partícipes de sus beneficios no sólo a los consumidores sino también al resto de los ciudadanos. También considera el Tribunal que este código de autorregulación no impone a las empresas asociadas a FEBE más condiciones que las indispensables para el logro de sus objetivos y que carece de apti-

tud para eliminar a posibles competidores por lo que se reúnen las condiciones necesarias para que el acuerdo correspondiente pueda ser autorizado.

5. El artículo 15 del código para el que se solicita autorización establece que el control de su cumplimiento corresponde al Jurado de la AAP quien se atenderá a lo previsto en su Reglamento. A la vista de que en toda la documentación aportada por el solicitante no figuraba documentación alguna referente a la AAP, el Tribunal dispuso la celebración de la audiencia preliminar, prevista en el artículo 11 del Real Decreto 157/92, con objeto de hacer saber al solicitante que no era posible conceder la autorización sin datos sobre la identidad y las características de la referida AAP y sin una aceptación explícita de esta entidad de la tarea que FEBE le encomendaba.

Como respuesta a esta solicitud de aclaración, el representante de FEBE ha hecho llegar al Tribunal una carta del Director General de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad en la que hace constar la aceptación de esta entidad de la tarea que FEBE le encomienda, extendiendo su sistema general de solución extrajudicial de controversias al ámbito concreto de la publicidad de bebidas alcohólicas, manteniendo los principios de independencia, imparcialidad y transparencia que rigen las actuaciones de su Jurado.

Junto a esta carta se acompañan diversos documentos (Estatutos de la AAP, Reglamento del Jurado, Memorias y otros) que el Tribunal ha estimado suficientes para informar sobre la identidad de la Asociación y el funcionamiento de su Jurado.

19. Por todo ello, el Tribunal considera que procede autorizar el código de autorregulación de la publicidad de bebidas espirituosas, significando que el hecho de haberse encomendado a la AAP el control del cumplimiento de dicho código no exime a FEBE de la plena responsabilidad que le corresponde en el cumplimiento del mismo.

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

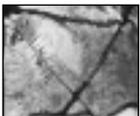
HA RESUELTO

Primero. Conceder una autorización singular para el *código de autorregulación publicitaria* solicitado por la Federación Española de Bebidas Espirituosas cuyo texto figura en el expediente del Servicio en los folios 52 al 59.

La autorización se concede por un período de cinco años a contar desde la fecha de esta Resolución y queda sujeta a las condiciones que establece el artículo 4 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

Segundo. Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la vigilancia de lo dispuesto en esta Resolución y la inscripción en el Registro de Defensa de la Competencia del *código* que se autoriza.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a la interesada haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución. ■



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA