Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia

Expte. R 462/00, Publicidad Radios Sevilla

■ En Madrid, a 27 de julio de 2001

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 462/00 (1965/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, en lo sucesivo, el Servicio) de recurso interpuesto por la Asociación de Empresarios de Publicidad de Sevilla (en adelante, la Asociación) contra el Acuerdo del Servicio, de 17 de noviembre de 2000, por el que se sobreseía el expediente sancionador 1965/99 incoado por denuncia de dicha Asociación contra Uniprex S.A. (en adelante, Onda Cero), Sociedad Española de Radiodifusión S.A. (en lo sucesivo, Cadena Ser) y Cadena de Ondas Populares Españolas (en adelante, Cadena Cope), por conductas presuntamente incursas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la posible existencia de un acuerdo para bajar el descuento a las agencias de publicidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 15 de marzo de 1999 tuvo entrada en el Servicio un escrito de Don Eduardo Marín Flores, Presidente de la Asociación, por el que denunciaba a las emisoras radiofónicas Onda Cero, Cadena Ser y Cadena Cope, por supuestas conductas prohibidas por el artículo 1 LDC consistentes en haber acordado dichos medios bajar el descuento de agencia en cuatro puntos y medio, mientras que dejaban inalteradas las comisiones más altas que reciben los comerciales de las propias emisoras, discriminándoles, así, injustamente.

Añade la denuncia que los citados medios vienen recomendando desde hace algún tiempo la contratación directa, prescindiendo de las agencias, lo que unido al hecho de que los comerciales perciben una comisión del 15 al 20 por 100, tiene el objeto de eliminar a las agencias de publicidad.

2. Tras requerir información sobre las agencias integrantes de la Asociación y una serie de factores relacionados con la contratación de la publicidad, actividad fundamental para estos medios de difusión porque es su mayor fuente de financiación, por Providencia de 16 de junio de 1999 el Servicio acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación del oportuno expediente sancionador.

3. Realizada la investigación correspondiente, el Servicio, con fecha 17 de noviembre de 2000, acordó el sobreseimiento del expediente, sin llegar a formular Pliego de Concreción de Hechos, al llegar a la conclusión de que la rebaja de las comisiones no afectó a la competencia pues, ante todo, no hay prueba alguna de un acuerdo y, por otra parte, si bien es cierto que la reducción de las comisiones por los tres medios denunciados tuvo la misma cuantía (4,5 puntos), también lo es que no hubo igualación de las mismas al seguir cada cadena con tarifas diferentes sin que, además, quepa apreciar que la situación de los operadores hubiera variado antes y después de la rebaja.

4. Con fecha 13 de diciembre de 2000 tiene entrada en el Tribunal el presente recurso de la Asociación en el que muestra su extrañeza por el sobreseimiento acordado por el Servicio, reiterando los argumentos expuestos en la denuncia y en su escrito de alegaciones a la propuesta de sobreseimiento, con la pretensión de que sean tenidas en cuenta sus razones y se acuerde retrotraer las actuaciones para que el Servicio realice las diligencias oportunas permitiéndosele, además, el acceso a la totalidad del expediente levantando la confidencialidad de los documentos declarados tales porque no proceder así le produce grave e innecesaria indefensión.

5. Con la misma fecha, el Tribunal solicitó del Servicio la remisión del expediente y el preceptivo informe sobre el recurso.

El Servicio cumplimentó dicho requerimiento el día 15 de diciembre de 2000. En su informe, además de precisar que el recurso había sido interpuesto en plazo, señalaba que las alegaciones expuestas por la recurrente no desvirtuaban las razones que fundamentaron el acto recurrido, dado que se limitaban a reiterar los argumentos expuestos en los escritos de denuncia y de alegaciones a la propuesta de sobreseimiento.

6. En el trámite de alegaciones, abierto por Providencia de 9 de enero de 2001, comparecieron todas las partes interesadas. En síntesis, la denunciante insiste en la nulidad de lo actuado hasta que se levante la confidencialidad acordada por el Servicio respecto de determinados documentos aportados al expediente por las entidades denunciadas y, en cuanto al fondo, en que es incongruente que, en ausencia de concertación, un medio baje los descuentos y los otros dos le sigan en este movimiento sin tener necesidad de hacerlo. Por su parte, las tres denunciadas mantuvieron que no hubo práctica concertada alguna, sino una adaptación inteligente a la actuación de los competidores, como se deduce de la secuencia de los hechos ciertos no refutados por la denunciante y según la conclusión a la que ha llegado el Servicio.

7. El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria del día 24 de julio de 2001.

8. Son interesados:

— Asociación de Empresarios de Publicidad de Sevilla
— Uniprex S.A. (Onda Cero)
— Sociedad Española de Radiodifusión S.A. (Cadena Ser)
— Cadena de Ondas Populares Españolas (Cadena Cope)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Como cuestión previa hay que resolver la que plantea la Asociación denunciante y ahora recurrente en cuanto a la confidencialidad acordada por el Servicio, respecto de determinados documentos presentados por las denunciadas en la fase de instrucción del expediente, lo que le produce indefensión, no corriéndose ningún riesgo en que los conozca por estar obligada a guardar secreto, según lo dispuesto en el artículo 52 LDC.

Pues bien, es doctrina consolidada de este Tribunal, siguiendo lo declarado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 8 de junio de 1981 (ver por todas las Resoluciones de 15 de abril de 1999, Expte. 426/98, Azúcar y de 22 de abril de 1999, Expte. r 347/98, Coop. Farm. Asturiana) que —evitando que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, precisamente, en las actuaciones anteriores a la formulación del Pliego— el Servicio ha de ser muy prudente a la hora de decidir no conceder la confidencialidad de documentos para los que las partes la hayan solicitado, debiendo otorgarla a los datos que constituyan secretos comerciales, como claramente se desprende del análisis de los correspondientes párrafos en este caso, dado que se trata de información comercial altamente sensible que no debe ser conocida por los otros interesados para no ignorar los derechos de las denunciadas. Por último,

el Tribunal entiende, de acuerdo con el Servicio, que la denunciante no está incluida entre quienes intervienen en la tramitación del expediente, por lo que no es de aplicación el artículo 52 LDC.

Por todo ello, procede rechazar esta primera razón en la que se basa el presente recurso.

2. Entrando ya en el fondo del recurso, hay que comenzar señalando que en el A.H. 3 se expone de manera sucinta la argumentación por la que el Servicio tomó la decisión de sobreseer el expediente sin ni siquiera llegar a dictar el Pliego de Concreción de Hechos.

3. En el recurso ante el Tribunal la Asociación denunciante manifiesta su extrañeza por la decisión adoptada por el Servicio, de sobreseer el expediente sin formular acusación, por entender que lo procedente hubiera sido continuar la tramitación del mismo, como ahora interesa, bien retrotrayendo las actuaciones al momento en el que el Servicio concluyó la instrucción o bien ordenándole el Tribunal que realice las diligencias oportunas, según lo dispuesto en el artículo 39 LDC.

4. A la vista del Acuerdo de sobreseimiento del Servicio, del recurso y de las alegaciones que formularon todas las partes interesadas, insistiendo cada una en la evolución de los hechos referentes a las variaciones en las cuantías de las comisiones como totalmente lógicas, para las denunciadas, o propiamente fruto de concertación, para la denunciante, según se resume en el A.H. 6, ha de pronunciarse el Tribunal sobre si las razones del Servicio fueron acertadas y suficientes para no seguir con la tramitación del expediente.

Pues bien, el Tribunal considera que, dada la igualdad de los descensos acordados en las comisiones por las tres emisoras (4,5 puntos porcentuales) y su proximidad en el tiempo (el mes de enero de 1999 en los tres casos) tras el idéntico movimiento adoptado por Onda Cero, incluso, la simultánea entrada en vigor del nuevo descuento de la Cadena Ser y la Cadena Cope (1 de febrero de 1999), bien pudo el Servicio haber continuado la investigación, en el momento oportuno, para tratar de eliminar cualquier laguna subsistente con el fin de descartar totalmente la hipótesis de una concertación de voluntades entre las tres emisoras o en la reacción de las dos últimas Cadenas respecto del movimiento inicial de Onda Cero en los descuentos de agencia.

En todo caso, el Tribunal entiende que procede desestimar el recurso, pues no existe prueba alguna de que se hubiese adoptado un acuerdo por las emisoras denunciadas sobre la cuestión debatida en este expediente y ante la interpretación alternativa de decidir adaptarse individualmente a los movimientos de las comisiones de la competencia inmediata, que Onda Cero, la Cadena Ser y la Cadena Cope ofrecieron y que puede considerarse como suficientemente verosímil para descartar por la vía de la prueba de presunciones la existencia de una práctica concertada, según la consolidada doctrina del TJCE y de este mismo Tribunal (ver por todas la antes citada Resolución de 15 de abril de 1999, Azúcar).

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

RESUELVE

Unico. Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación de Empresarios de Publicidad de Sevilla contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 17 de noviembre de 2000, Acuerdo que se confirma.

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 su notificación. ■

SECCION JURIDICO-ECONOMICA

Expte. A 111/95, Morosos Marmolistas Valencia (prórroga)

■ En Madrid, a 30 de julio de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Señor Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 111/95 (1174/94 del Servicio de Defensa de la Competencia) iniciado como consecuencia de la solicitud de prórroga de la autorización singular, para la creación y funcionamiento de un registro de morosos, autorización concedida al amparo del artículo 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), a la Sociedad Cooperativa de Suministros para el Mármol, Cooperativa Valenciana Limitada (en adelante, SUMARCOOP), por Resolución de 23 de febrero de 1995.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 23 de febrero de 1995, en el expediente de referencia, el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal) acordó:

a) Autorizar la constitución por la Sociedad Cooperativa de Suministros para el Mármol, Cooperativa Valenciana Limitada de un registro de morosos que se regirá por el Reglamento aportado con la solicitud, que obra en el expediente del Tribunal en los folios números 9, 10, 11 y 12.

b) La autorización tendrá una duración de cinco años a contar de la fecha de esta Resolución y queda sujeta a las condiciones que establece el artículo 4 de la LDC.

c) Encargar al Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio) que vigile la ejecución y cumplimiento de lo dispuesto en la presente Resolución y que proceda a inscribir el Reglamento aprobado en el Registro de Defensa de la Competencia.

2. Con fecha 13 de octubre de 1999 tuvo entrada en el Servicio escrito de Don Pedro Ruiz Sainz, Presidente de SUMARCOOP, fechado el 4 de octubre de 1999, solicitando la renovación del Registro al plazo del vencimiento de la autorización.

3. Con fecha 21 de enero de 2000 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia (en adelante, Director General) emitió y remitió al Tribunal, donde tuvo entrada el 25 siguiente, el correspondiente informe de vigilancia en el que se señalaba:

Sin embargo, los intentos del Servicio por conocer el funcionamiento práctico del registro de morosidad en cuestión y comprobar el desarrollo que se había dado al mismo han resultado totalmente infructuosos:

a) SUMARCOOP no ha podido aportar documentación alguna con relación al mismo ya que, según manifiestan en el escrito de 10 de junio de 1999 ...., un incendio ocurrido en julio de 1998 arrasó su oficina y toda la documentación obrante en la misma, no habiendo podido reconstruirla desde entonces. A la ausencia de información escrita acerca de este registro, se une además el hecho de que SUMARCOOP no haya podido explicar verbalmente el modo en el que están gestionando el mismo, siendo su única manifestación al respecto la de que las normas de su funcionamiento no han variado con respecto a aquéllas que fueron autorizadas. Respecto de estas normas, valga añadir que ni siquiera en el año 1996, fecha del primer requerimiento de este Servicio, aportaron copia de las mismas.

b) Tampoco han podido las empresas consultadas esclarecer el sistema de funcionamiento del repetido registro de morosos ya que todas ellas han manifestado no haber hecho uso del mismo en ningún momento.

Por todo ello, y ante la total ausencia de antecedentes en base a los que juzgar el cumplimiento o no de las condiciones establecidas en la autorización objeto de este informe, este Servicio considera necesario que la renovación de la misma, que ha sido solicitada por SUMARCOOP mediante el escrito de 4 de octubre de 1999 que se adjunta como documento 2, sea objeto del correspondiente expediente previsto en el artículo 17 del Real Decreto 157/1992.

4. En el Pleno de 11 de abril de 2.000, el Tribunal deliberó y acordó:

UNICO:

Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de expediente de renovación de la autorización del Registro de Morosos concedida a la Sociedad Cooperativa de Suministros para el Mármol, Cooperativa Valenciana Limitada, conforme a lo establecido en el artículo 17 del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de Defensa de la Competencia.

5. El Acuerdo del Tribunal fue comunicado a las partes mediante el Auto para Renovación de Autorización de 24 de abril de 2000.

6. El 10 de julio de 2000 tuvo entrada escrito del Consejo de Consumidores y Usuarios en el que, de forma general y sin aludir a las circunstancias concretas del caso, manifestaba su oposición *a las bases de datos que mantienen información confidencial y relevante sobre las personas*.

7. El 24 de julio de 2000 tuvo entrada escrito de SUMARCOORP en el que expone los motivos que, a su juicio, justifican la prórroga de la autorización y solicita de nuevo del Tribunal la concesión de dicha prórroga.

8. A fecha de hoy no se ha recibido escrito alguno del Servicio.

9. El Tribunal, en el Pleno de 24 de julio de 2001, deliberó y falló este asunto.

10. Se considera interesada en este expediente a la Sociedad Cooperativa de Suministros para el Mármol, Cooperativa Valenciana Limitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En su Auto de 24 de abril de 2000 el Tribunal acordó la iniciación del proceso de renovación previsto en el artículo 17 del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la LDC en materia de exenciones por categorías, autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia, por considerar que «*El artículo 17 del Real Decreto, al remitir de nuevo al procedimiento de autorización singular previsto en los artículos 4 y siguientes, ordena la práctica del procedimiento más completo de investigación de las solicitudes regulado en ese mismo texto legal, procedimiento que ofrece las mayores garantías de que todos los elementos relevantes al caso serán tenidos en cuenta. En el expediente que se analiza, y dada la total falta de información sobre los efectos del registro cuya información se solicita, el Tribunal considera acertada la propuesta del Servicio de acudir a lo estipulado en dicho artículo 17 e incoar un nuevo expediente conforme a los citados artículos 4 y siguientes del Real Decreto 157/1992, por lo que ordena sea puesta en práctica*».

El solicitante ha reiterado su petición y ha expuesto las razones por las que se considera que debe de otorgarse la renovación, el Consejo de Consumidores también ha manifestado su opinión en la materia, por lo que, y a pesar de que, transcurrido un periodo considerable de tiempo, el Servicio no ha aportado nuevos argumentos, el Tribunal considera que el objetivo de poder tomar una decisión con las máximas garantías ha sido cumplido.

2. Si bien es cierto que, por las circunstancias excepcionales del caso, que consisten en el hecho acreditado de un siniestro que destruyó la sede social de la Cooperativa, en la que se encontraba sito el registro, y eliminó los posibles elementos de información, no ha podido evaluarse correctamente el funcionamiento del registro, no lo es menos que no han aparecido datos que sugieran que haya podido tener efectos anticompetitivos. Los elementos de información existentes, entre los que deben destacarse las propias declaraciones de los gestores de la Sociedad Cooperativa, cuyos conocimientos sobre la mecánica del registro parecían ser escasos, parecen apuntar a que éste apenas ha funcionado en la práctica.

El Tribunal se ha manifestado en otras ocasiones, entre las que destaca la Resolución de 25 de octubre de 1999, al Expte. A055/93 (Sacos Papel), que la misión de las autoridades de competencia no es la de pronunciarse sobre el funcionamiento técnico, bueno o defectuoso, de una iniciativa empresarial, como pueda ser un registro de morosos, sino el de evaluar si afecta negativamente a la competencia. En concreto, en dicha Resolución el Tribunal señaló *«Es evidente que no corresponde a las autoridades de defensa de la competencia el velar por el buen funcionamiento técnico de iniciativas empresariales de carácter privado ...»*.

3. En el caso que se analiza, y puesto que sus propios gestores apenas tenían conocimiento de la operativa de funcionamiento, parece claro que el registro apenas ha funcionado; esa misma circunstancia determina que sus posibles efectos anticompetitivos hayan sido prácticamente nulos. La situación parece muy similar a la descrita en la citada Resolución de 25 de octubre de 1999, y la solución, por tanto, debe ser similar, en el sentido de que el Tribunal debe pronunciarse sobre la existencia de elementos anticompetitivos, no sobre el buen o mal funcionamiento técnico del registro. Dado que no se han detectado dichos elementos anticompetitivos procede autorizar la renovación del registro.

Por ello, el Tribunal

RESUELVE

1. Conceder a la Sociedad Cooperativa de Suministros para el Mármol, Cooperativa Valenciana Limitada la renovación de la autorización para el funcionamiento de un Registro de Morosos, inicialmente concedida por la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 23 de febrero de 1995, en los términos señalados en dicha Resolución.

2. Conceder dicha autorización por cinco años desde la fecha en que venció la anterior autorización.

3. Interesar del Servicio la vigilancia del funcionamiento del registro autorizado dentro de los límites y con las condiciones previstas en el Reglamento elaborado por la Sociedad Cooperativa de Suministros para el Mármol, Cooperativa Valenciana Limitada el 23 de febrero de 1995 (y que consta en los folios 9, 10, 11 y 12 del Expte. A 111/95), con el que ha venido funcionando hasta la fecha y ordenarle la inscripción de esta Resolución en el Registro 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 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. ■

Expte. 501/00 (CEPSA 2)

■ En Madrid, a 10 de septiembre de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, 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 501/00 (1733/97 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), iniciado por denuncia formulada por Don José Antonio Rodríguez de Moya Morales, titular de la Estación de Servicio número 15049, denominada «El Loreto» y de la Estación de Servicio número 31078, denominada «Montequinto», ambas situadas en la provincia de Sevilla, contra la Compañía Española de Petróleos, S.A. y Cepsa Estaciones de Servicio, S.A (en adelante, Cepsa), por presuntas prácticas restrictivas de la competencia contrarias al artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la realización de prácticas anticompetitivas en el ámbito de la distribución exclusiva de productos petrolíferos.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 26 de noviembre de 1997 Don José Antonio Rodríguez de Moya Morales, titular de las Estaciones de Servicio número 15049 y número 31078, ambas situadas en la provincia de Sevilla, formuló denuncia contra la Compañía Española de Petróleos, S.A y Cepsa Estaciones de Servicio, S.A. Los hechos que eran objeto de denuncia consistían, esencialmente, en los siguientes: «se denunciaban diversas prácticas contrarías a las normas de competencia, consistentes básicamente en las siguientes»:

SECCION JURIDICO-ECONOMICA

— CEPSA, al igual que otras empresas del sector, había aprovechado el proceso desmonopolizador de CAMPSA para imponer a las estaciones de servicio un tipo común de contrato de exclusiva con una duración de 10 años.

— la modificación unilateral por Cepsa de la denominada cláusula de garantía o de mejor precio en la venta de combustibles a las estaciones de servicio, estimando que la interpretación que hace Cepsa de dicha cláusula es abusiva.

— el establecimiento por parte de Cepsa de unas comisiones a los gasolineras sistemáticamente inferiores a las de otras entidades que entraron en el negocio más recientemente.

— y, finalmente, que Cepsa infringe la prohibición de no vender en la zona de venta principal del revendedor los productos contemplados en el contrato de exclusiva, vendiendo, además, sus productos en condiciones más favorables a otros clientes dentro del ámbito comercial de las estaciones de servicio.»

2. El Servicio de Defensa de la Competencia, tras efectuar una información reservada, el 25 de febrero de 1998 acordó el archivo de las actuaciones originadas como consecuencia de la denuncia, formulándose contra dicho Acuerdo de archivo por el denunciante recurso (expte. r299/98) ante este Tribunal, quien por Resolución de 20 de octubre de 1998 estimó el mismo, acordando *«la devolución al Servicio de Defensa de la Competencia de las actuaciones seguidas para que proceda instruir expediente del que se determine si las empresas involucradas han adecuado su comportamiento a la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, y al Reglamento CEE 1984/83 de la Comisión Europea, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de compra exclusiva»*.

3. En cumplimiento de dicha Resolución, por Providencia del Director General de 10 de marzo de 1999 se acordó la incoación de expediente sancionador contra la Compañía Española de Petróleos S.A y Cepsa Estaciones de Servicio, S.A por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 y 6 de la LDC .

4. El 6 de abril de 2000 el Servicio dicta el Pliego de Concreción de Hechos, en el que se declaran como probados los siguientes Hechos: *«El Reglamento CEE número 1984/83, de 22 de junio de 1983, establece que no se podrá imponer al proveedor ninguna otra restricción de competencia aparte de la obligación de no vender él mismo en la zona de venta principal del revendedor y a ese nivel de distribución, los productos contemplados en el contrato o productos competidores..y que las demás disposiciones restrictivas de la competencia y, en particular, las que limitan la libertad del revendedor de fijar los precios o las condiciones de reventa de elegir a sus clientes, no pueden quedar eximidas con arreglo al presente Reglamento»*.

«Durante el período en que estuvo vigente la relación comercial entre CEPSA Y el denunciante (desde la fecha de la firma del contrato hasta el momento en que según CEPSA las estaciones de servicio 15049 y 31078 dejaron de comerciar sus productos) fijó el precio de venta al público de los productos vendidos en las estaciones del denunciante, de manera que el revendedor ha de vender los productos al precio establecido por Cepsa»

En el Pliego de Concreción de Hechos se contiene también una Propuesta de Sobreseimiento parcial del expediente.

5. Notificado el Pliego de Concreción de Hechos a los interesados y presentados por éstos respectivos escritos de alegaciones al mismo, el 1 de septiembre de 2000 el Secretario general de Política Económica y Defensa de la Competencia dicta Acuerdo sobreseyendo parcialmente el expediente, dictándose por el Instructor, una vez notificado dicho Acuerdo de Sobreseimiento a los interesados, Providencia de fecha 5 de septiembre de 2000, declarando conclusas las actuaciones y acordando la redacción del informe previsto en el artículo 37.3 de la LDC.

6. El 6 de septiembre de 2000 se redacta el Informe-Propuesta. En dicho Informe, se efectúa la siguiente valoración jurídica y propuesta:

«Primero. Que una vez admitido a trámite el expediente y tras el procedimiento previsto en la LDC, se declare que los contratos entre Cepsa Estaciones de Servicio, S.A. y Don José Antonio Rodríguez de Moya Morales, como titular de la estación de servicio número 15049, denominada «El Loreto» y de la estación de servicio número 31078, denominada «Montequinto», ambas situadas en la provincia de Sevilla, son acuerdos entre operadores económicos que deben examinarse a la luz de las normas de competencia. Así mismo, que por ese Tribunal se declare la existencia de las siguientes conductas prohibidas:

a) Infracción del artículo 1.1 de la LDC y 81.1 del TCE por parte de CEPSA, por desarrollar una serie de prácticas encaminadas a la fijación del precio de venta de los combustibles en las estaciones de servicio antes mencionadas, que no se encuentran exentas por el Reglamento 1984/83 y el Real Decreto 157/92.

b) duración de la presente infracción abarcaria desde la firma del contrato hasta comienzos de 1994.»

Segundo. *Que al amparo de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del procedimiento Administrativo Común, así como lo dispuesto en el artículo 64 del reglamento del TDC, y puesto que las prácti-*

cas analizadas tienen una identidad sustancial con las analizadas en el expediente 2055/99, admitido a trámite por el Tribunal con el número 493/00, se acuedrde la acumulación de este expediente a al citado expediente 493/00.

Tercero. *Que se ordene a CEPSA. la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución que en su momento se dicte en el BOE y en un diario de información general que tenga difusión en todo el territorio nacional.*

Cuarto. *Que se impongan las correspondientes sanciones económicas. En este caso, el Servicio propone que se tenga en cuenta la gravedad y duración de las infracciones.*

Quinto. *Que se adopten los demás pronunciamientos previstos en el artículo 46 de la LDC.*

7. El 7 de septiembre de 2000 tiene entrada en el Tribunal, procedente del Servicio, el expediente instruido, dictándose el 19 de septiembre de 2000 Providencia de admisión a trámite del mismo con el número 501/00, se nombra Ponente a la Vocal Doña María Jesús Muriel Alonso, se deniega la acumulación propuesta y se concede a los interesados el plazo de 15 días que establece el artículo 40.1 LDC para que puedan solicitar celebración de vista y proponer las pruebas que estimen necesarias.

8. Mediante Auto de fecha 7 de junio de 2001 el Tribunal resolvió sobre las pruebas propuestas, declarando las que se consideraron pertinentes y emplazando a las partes para su valoración y para la formulación de sus alegaciones definitivas, habiéndolo efectuado sólo las expedientadas, no realizándose por el denunciante manifestación alguna.

9. El Tribunal deliberó y falló sobre el presente expediente en su sesión de Pleno celebrada el día 6 de septiembre de 2001.

10. Son interesados:

— Don Jose Antonio Rodríguez de Moya Morales
— Compañía Española de Petróleos, S.A.
— Cepsa Estaciones de Servicio, S.A.

HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera probados los siguientes extremos:

• Con fecha 21 y 22 de diciembre de 1989, Don José Antonio Rodríguez de Moya Morales, como representante de la sociedad Montequinto S.A, titular de la estación de servicio número 31.078, sita en Carretera SE-401 Dos Hermanas (Sevilla) y como titular de la estación de servicio número 15.049, sita en la Carretera N-431 Espartinas (Sevilla), suscribió con la Compañía Española de Petróleos, S.A (CEPSA) dos contartos de abanderamiento, imagen, de asistencia técnica comercial y de suministro de combustibles y carburantes.

— En los referidos contratos, en cuanto al suministro de combustibles y carburantes, entre otras, se establecen las siguientes cláusulas:

«El titular de la estación de servicio adquirirá exclusivamente de CEPSA la totalidad de los carburantes y combustibles para su reventa en la estación de servicio.

Como consecuencia de esta cláusula , el Titular está obligado a:

— Comprar los productos contemplados en el contrato únicamente a Cepsa para su reventa en la estación de servicio.

Por su parte, Cepsa queda obligada :

— A entregar las cantidades de productos pedidos por el titular de la estación de servicio en el calendario y horario establecido.

— CEPSA garantiza que el precio de venta a la estación de servicio de los productos suministrados, objeto de este contrato, atenderá a criterios de mercado y no será superior a la media de los precios ofrecidos por otros suministradores, con significación en el mercado y buena fe, de los mismos productos y en la misma área geográfica o comercial.

— Los productos suministrados pasará a ser propiedad del titular desde el momento de su puesta a disposición en la estación de servicio.

— La exclusividad del suministro pactado tendrá una duración de 10 años a contar desde la fecha del primer suministro efectivo.

• Con fecha 1 de marzo de 1994 CEPSA remitió al titular de las dos estaciones de servicio antes expresadas una comunicación en la que, entre otras afirmaciones, se expresa: «nos referimos al contrato de abanderamiento e imagen, de asistencia técnica y comercial y de suministro en régimen de comisionista»... Que dicho contrato ha sido expresamente convalidado por la D.G.IV de la Comisión Europea. Que, de acuerdo con lo previsto en la citada Resolución, tienen Uds abierta a su conveniencia, la posibilidad de anticipar unilateralmente el vencimiento de dicho Contrato de forma que quede extinguido una vez hayan transcurrido diez años desde la fecha de su firma...»

• Que durante el período en que Cepsa ha suministrado el combustible a las estaciones de servicio expresadas, dicha entidad ha fijado el precio de venta al público del combustible vendido en las referidas estaciones de servicio.

• Que a comienzos del año 1994 cesó el suministro de combustible por parte de Cepsa a dichas estaciones de servicio.

• Con fecha 30 de mayo de 2001 se dictó por este Tribunal, en el expediente tramitado bajo el número 493/00, Resolución sancionadora referida, entre otros extremos, a la realización, por pare de Cepsa, de prácticas restrictivas de la competencia para la fijación del precio de venta al público del combustible expedido por las estaciones de servicio, declarando la comisión de dicha práctica e imponiendo a Cepsa, entre otras obligaciones, una sanción de doscientos millones de pesetas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO:

En el presente expediente, la imputación que efectúa el Servicio se refiere a la infracción por parte de las denunciadas del artículo 1.1 de la LDC, por desarrollar una serie de prácticas encaminadas a la fijación del precio de venta al público de los combustibles suministrados a las dos estaciones de servicio del denunciante, la número 15.049, llamada «El Loreto» y la número 31.078, llamada «Montequinto», señalándose que la duración de dicha infracción sería desde la firma del contrato hasta comienzos de 1994, fecha en la que, como admiten todos los interesados en este expediente, cesó el suministro por parte de Cepsa a las referidas estaciones de servicio.

Ante dicha imputación, las hoy expedientadas oponen, básicamente, como fundamento de su defensa, dos alegaciones: la prescripción de la infracción y la existencia de una identidad sustancial entre este expediente y el resuelto por este Tribunal con el número 493/00, que finalizó con Resolución de fecha 30 de mayo de 2001.

SEGUNDO:

Planteada por las expedientadas la excepción de prescripción, en buen orden lógico se debería comenzar por el examen de la misma antes de pasar, si procede, al estudio de la segunda de las alegaciones, es decir, la posible infracción del principio «non bis in idem».

No obstante lo cual, y ante las dudas existentes acerca de la fecha de la que debe partir el cómputo del plazo del término prescriptivo, para cuya determinación concreta sería necesaria la práctica de diligencia para mejor proveer, tal y como interesan las expedientadas, lo que supondría un retraso innecesario, toda vez que, como a continuación se verá, procede la estimación de la referida segunda alegación relativa a la aplicación del principio «non bis in idem», consagrado en el artículo 133 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común., pasaremos directamente al estudio de la misma.

TERCERO:

A tal efecto, se ha de indicar que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (entre otras, STC 2/1981, STC 77/1983, de 3 de octubre y STC 177/1999, de 11 de octubre) y del Tribunal Supremo, (Sala 3.ª, Sentencia1-7-1996), *«el principio nom bis in idem, que es parte integrante del derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora, supone que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativas o administrativa y penal—, en los casos en que se aprecie una identidad de sujeto, hecho y fundamento; de manera que dicho principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues semejante posibilidad entrañaría una inadmisible reiteración en el ejercicio del «ius puniendi» del Estado, inseparablemente , una abierta contradicción con el derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contaría a aquél derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado»; señalandose también que « si la exigencia de «lex praevia y lex certa» que impone el artículo 25.1 de la Constitución obedece, entre otros motivos a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita, configurándose, desde esta perspectiva, el principio non bis in idem como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del ius puniendi del Estado»; afirmándose finalmente que «irrogada una sanción no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurran las repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento, de manera que ha de vitarse que una única conducta infractora reciba un doble reproche aflictivo.»*

Pues bien, en el presente caso es de advertir esa triple identidad entre este expediente y el tramitado por este Tribunal con el número 493/00, y que finalizó con Resolución de fecha 30 de mayo de 2001. Y ello es así habida cuenta de la identidad exacta del sujeto al que se dirigen ambos procedimientos: el grupo Cepsa; los hechos infractores que se recogen en los Hechos Probados son los mismos, la realización por las expedientadas de actos encaminados a la determinación ilícita de los precios de venta al público de los combustibles suministrados a las estaciones de servicio con las que guardan relación como proveedor bajo el llamado «régimen de comisión», e idénticos son los preceptos aplicables y los fundamentos tenidos en cuenta para la Resolución sancionadora, pues los hechos objeto del presente procedimiento sancionador no dejan de constituir unos supuestos incursos en la globalidad de lo abordado en el referido expediente número 493/00, toda vez que en aquélla ocasión este Tribunal ya tuvo oportunidad de entrar a valorar la relación contractual entre Cepsa y las estaciones de servicio, analizando pormenorizadamente la forma de determinación de los precios del combustible en su venta al público y si con la misma se infringían las normas de defensa de la competencia. Fundamentación y pronunciamientos a los que, obviamente, hemos de remitirnos desde aquí, puesto que de nuevo se somete, como ya se ha señalado, materia idéntica a aquélla, si bien, ahora como caso singular dentro de la actividad empresarial de las expedientadas.

Por todo ello, sin necesidad de otras consideraciones, debe reconocerse la improcedencia de otra Resolución sancionadora, toda vez que con nuestra anterior Resolución se encuentran agotadas las consecuencias determinadas por las prácticas que ahora también se imputan.

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

HA RESUELTO

Unico: Declarar que no es exigible responsabilidad a la Compañía Española de Petróleos, S.A y a Cepsa Estaciones de Servicio, S.A por la infracción imputada en este expediente al concurrir una identidad sustancial entre éste y el tramitado por este Tribunal con el número 493/00 y que finalizó con Resolución sancionadora de fecha 30 de mayo de 2001, ordenando el archivo de las presentes actuaciones.

Comuníquese esta resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la presente Resolución agota la vía administrativa y que, por tanto, sólo es susceptible de recurso contencioso-administrativo el cual podrá interponerse ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación. ■

SECCION JURIDICO-ECONOMICA

(Expte. A 286/00 Lancaster Group de España S.A.)

■ En Madrid, a 14 de septiembre de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Excelentísimo Señor Don Luis Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 286/00 (2197/00 del Servicio de Defensa de la Competencia), de solicitud de una autorización singular, presentada por Lancaster Group de España S.A., para un contrato-tipo de distribución selectiva de sus productos en el mercado español.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 17 de agosto de 2000 tuvo entrada en el Consulado General de España en Bruselas escrito firmado por Doña Irene Moreno-Tapia Rivas, en representación de Lancaster Group de España S.A. (en adelante, Lancaster), formulando solicitud de autorización singular para un contrato-tipo de distribución de los productos Lancaster en el mercado español.

2. Mediante Providencia del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de fecha 12 de septiembre de 2000, se acordó la admisión a trámite de la solicitud y la incoación de expediente de autorización.

Asimismo, a los efectos del trámite de información pública a que se refiere el artículo 38.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y el artículo 5 del

Real Decreto 157/1992, el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio) publicó un aviso en el *BOE* número 232, de 27 de septiembre de 2000, sin que como consecuencia de ese trámite se produjeran comparecencias o alegaciones por parte de terceros.

Con fecha 12 de septiembre de 2000 el Servicio solicitó al Instituto Nacional de Consumo el informe del Consejo de Consumidores y Usuarios previsto en el artículo 38.4 de la LDC.

3. El 4 de octubre de 2000 el Servicio emitió un informe en el que consideraba que el contrato-tipo objeto de solicitud singular era susceptible de autorización al amparo del artículo 3.1 de la LDC, por un plazo no superior a 5 años.

4. Recibido el expediente en el Tribunal, el 9 de octubre de 2000 se dictó Providencia admitiéndolo a trámite y designando Ponente al Vocal Señor Martínez Arévalo.

5. El Pleno del Tribunal, en su sesión del día 11 de septiembre de 2001, deliberó y falló este expediente, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.

6. Se considera interesado a Lancaster Group de España S.A..

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente procedimiento tiene por objeto resolver sobre una solicitud de autorización singular para un modelo de contrato de distribución selectiva. Como es sabido, ese sistema de distribución restringe tanto el número de distribuidores autorizados como las posibilidades de reventa y debe su denominación a que los distribuidores son seleccionados sobre la base de ciertos criterios, como es su capacidad para promocionar una cierta imagen de marca. Los contratos de distribución selectiva normalmente se basan en un compromiso recíproco de las partes: por una parte, el fabricante se compromete a abastecer únicamente a revendedores que reúnan una serie de requisitos profesionales o técnicos y los distribuidores autorizados, por otra, se comprometen a no vender o adquirir los productos a mayoristas o minoristas no integrados en la red.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal (contenida, entre otras, en la Resolución de 13 de mayo de 1998 en relación con los relojes de las marcas Rado y Tissot), un sistema de distribución selectiva no supone una práctica incursa en el artículo 1 LDC si cumple tres condiciones o principios en cuanto a la selección de revendedores, no existiendo restricciones adicionales. Dichos principios son:

1) Principio de necesidad: los criterios objetivos aplicados han de ser de carácter únicamente cualitativo y responder a la naturaleza de los productos de que se trate para conseguir una adecuada distribución.

2) Principio de proporcionalidad: no se pueden imponer exigencias desproporcionadas en relación al objetivo perseguido, que no es otro que el de lograr un comercio especializado eficiente y que garantice la venta de los productos en condiciones óptimas.

3) Principio de no discriminación: los criterios de selección han de aplicarse sin discriminaciones y de igual modo para todos los revendedores.

Ahora bien, si un sistema de distribución selectiva obliga a los revendedores, además de a cumplir los criterios de selección basados en los principios señalados, a someterse a otro tipo de restricciones de competencia, queda sometido a la prohibición del artículo 1 LDC, siendo necesario analizar, caso a caso, si es merecedor de una autorización singular al amparo del artículo 4 LDC, en los supuestos y con los requisitos previstos en el artículo 3 LDC.

Esta doctrina del Tribunal, que se encuentra en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Sentencias Vichy, de 27.2. 1992, as. T-19/91; Yves Saint Laurent Parfums, de 12.12.96, as. T-19/92) y que ha dado lugar a la publicación del Reglamento de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, debe ser seguida en la presente Resolución para el contrato de distribución cuya autorización se solicita.

Segundo. En cuanto a la aplicación de estos principios al caso que se analiza, respecto, ha de indicarse que el Servicio manifiesta:

«6. En el Contrato de Distribuidor Autorizado, remitido por LANCASTER (folios 30-41) se cumplen los tres principios aludidos anteriormente en cuanto a la selección de revendedores.

— Los distribuidores autorizados son seleccionados en base a criterios de carácter objetivo relativos a la cualificación profesional de su personal y de sus instalaciones (Artículos 2, 3 y Condiciones de Calidad).

— Dichos criterios son fijados de manera uniforme frente a todos los revendedores potenciales, siendo adecuados para el objetivo perseguido y sin que exista discriminación.

7. No obstante, en el presente contrato, se establecen restricciones adicionales diferentes de los «principios» anteriormente reseñados que, en su día el TDC en su Resolución de 14 de octubre del l997 consideró que por su carácter restrictivo, podían entrar en las prohibiciones del artículo 1 LDC y requerían, por tanto, su autorización. En concreto, el contrato-tipo, en su anexo 1 (folios 37-39), contiene obligaciones para los distribuidores autorizados que se refieren fundamentalmente a:

— Realizar un volumen mínimo de compras anuales en el punto de venta.

— Tener en todo momento un stock mínimo por punto de venta.

— Garantizar una rotación anual del stock.

— Cooperación publicitaria y promocional.

En relación con estas condiciones adicionales, ese Tribunal, en el expediente 380/96 (Perfumería), manifestó acerca de cláusulas similares que: ***permite ... concentrar la distribución en los puntos de venta más competitivos, con lo que se consigue racionalizar los costes de distribución y los apoyos a los detallistas autorizados. Así, éstos contribuirán activamente a revalorizar la marca mediante un mayor servicio al consumidor, por lo que contribuye a aumentar la eficiencia en la distribución. Por otra parte, dicho volumen mínimo de compras tiene un límite superior que puede considerarse razonable, por lo que no restringe excesivamente la libertad del detallista autorizados de vender o promocionar marcas de la competencia ... b) El mantenimiento de un stock mínimo por punto de ventas supone que los consumidores siempre pueden encontrar en cada uno de ellos una amplia gama de los productos comercializados ... con lo que se facilita su compra. c) El garantizar una rotación anual del stock (con la aplicación de un coeficiente de rotación mínima de dos), además de ser en ciertos casos necesarios para disponer de aquellos productos que se cambian con relativa rapidez para seguir las tendencias de la moda, facilita el que los productos se vendan en perfecto estado de conservación. d) Las obligaciones en materia de cooperación publicitaria y promocional, suponen compromisos genéricos con las marcas comercializadas ..., y posibilitan el coordinar los gastos promocionales del licenciata-***

rio y de los detallistas autorizados, en beneficio de ambos, además de permitir una mejor planificación de las campañas publicitarias.

8. A los factores tenidos en cuenta anteriormente debe añadirse necesariamente una valoración del mercado afectado.

En general el sector de los cosméticos se caracteriza por la presencia de grandes empresas multinacionales, que integran a un gran número de empresas, junto a las que coexisten pequeñas empresas muy especializadas. Estas características se dan así mismo en el segmento de productos cosméticos de lujo. En este último la distribución, por lo general sigue las pautas de la distribución selectiva, con un algo grado de competencia dada la existencia de un elevado número de oferentes.

En ese segmento de cosmética de lujo, LANCASTER estima que su cuota de mercado, como se ha dicho anteriormente, no supera el 5,7 por 100, no puede decirse por tanto que se trate de una situación en la que exista un poder de mercado importante, que pudiera hacer presumible una restricción de la competencia.

En consecuencia, el Servicio de Defensa de la Competencia estima que el Contrato-Tipo de Distribución en el mercado español de productos LANCASTER, para el cual solicita autorización LANCASTER GROUP DE ESPAÑA S.A., podría ser considerado como una cooperación lícita desde el punto de la libre competencia, al amparo del artículo 3.1 de la Ley 16/1989, por un plazo no superior a cinco años para su aplicación.»

Tercero. El Tribunal considera correctas las conclusiones del Servicio. En efecto, los criterios relativos a las características del personal y de las instalaciones afectos a las tareas de comercialización del producto, que se especifican en el Anexo I al Contrato de Distribución Autorizado (pág. 37 a 39 del expediente del Servicio), pueden ser considerados objetivos, no discriminatorios y adecuados a los fines de valorizar el producto que se pretende lograr. En cuanto a las obligaciones adicionales relativas al volumen mínimo de operaciones por punto de venta, el mantenimiento de un nivel mínimo de existencias, la garantía de una rotación anual de éstas y la colaboración en la promoción del producto, constituyen elementos ya habituales en la distribución de perfumería de lujo que el Tribunal ha considerado aceptables en el pasado (en particular, en las Resoluciones a los Expte. A 255/98, de 11 de mayo de 1999, Contrato Tipo Clarins, y Expte A 341/93, de 29 de julio de 1999, Distribución Cosmeparf).

SECCION JURIDICO-ECONOMICA

Cuarto. En todo caso, y ante la ausencia de referencia a la materia en el contrato-tipo, el Tribunal recuerda que éste queda sometido a la normativa general en la materia, por lo que Lancaster no podrá fijar en ningún momento los precios a los que los distribuidores vendan sus productos al público.

Quinto. En consecuencia, el Tribunal considera que el contrato-tipo de distribución presentado por Lancaster reúne todos los requisitos exigidos en el artículo 3.1 LDC y puede beneficiarse de una autorización individual, habida cuenta de que contribuye a mejorar su comercialización, permite a los consumidores participar de las ventajas del sistema, no impone restricciones innecesarias y no fomenta la eliminación sustancial de la competencia en el mercado.

Por todo ello, vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal, de acuerdo con el Servicio

RESUELVE

Primero. Conceder una autorización singular para el contrato-tipo de distribución selectiva de los productos Lancaster en el mercado español solicitada por Lancaster Group de España S.A., contrato que figura en las páginas 29 a 41 del expediente del Servicio.

Dicha autorización se concede por cinco años desde la fecha de esta Resolución, quedando sujeta la misma al régimen general del artículo 4 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

Segundo. Dar traslado al Servicio de Defensa de la Competencia para su inscripción en el Registro de Defensa de la Competencia de copia del contrato-tipo que se autoriza, interesando que vigile el cumplimiento de lo dispuesto en esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese al interesado haciéndole saber que contra aquélla 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. ■

Expte. A 300/01 Banca Electrónica Uno E.Com

■ En Madrid, a 18 de septiembre de 2001

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 A 300/01 (2281/01 del Servicio de Defensa de la Competencia, en lo sucesivo, el Servicio), iniciado como consecuencia de la solicitud de autorización singular para un acuerdo de cooperación relativo al desarrollo conjunto entre el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (en adelante, BBVA) y Terra Networks S.A. (en lo sucesivo, TERRA) de un proyecto de banca electrónica por la red Internet, denominado UNO E.COM.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 9 de mayo de 2001 tuvo entrada en el Servicio un escrito de BBVA y TERRA en el que solicitan autorización singular para un acuerdo de cooperación relativo al desarrollo conjunto de un proyecto de banca electrónica por la red Internet entre el BBVA y TERRA, a través de la empresa Unoe Bank S.A. (UNOE), filial al 100 por 100 del primero, mediante la adquisición por TERRA del 49 por 100 del capital de UNOE.

2. Vista la solicitud, al amparo de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), modificada por la Ley 5/1999, de 28 de diciembre y el artículo 4 del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 16/1989 en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia, por Providencia de 14 de mayo de 2001 del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia se acordó la admisión a trámite de la solicitud y la incoación de expediente, formalizándose, en la misma fecha, la nota extracto a efectos del trámite de información pública de conformidad con lo dispuesto en los artículos 38.3 LDC y 5 del mencionado RD 157/1992, de 21 de febrero. Se publicó en el *Boletín Oficial del Estado*, número 130, de fecha 31 de mayo de 2001.

3. Con fecha 14 de mayo de 2001, en cumplimiento también de lo dispuesto en el artículo 38.4 LDC y en el artículo 5 del RD 157/1992, se solicitó al Instituto Nacional del Consumo el preceptivo informe del Consejo de Consumidores y Usuarios.

4. Dicho informe, que tuvo entrada en el Servicio el 23 de mayo de 2001, se limita a señalar que el Consejo de Consumidores y Usuarios entiende que el0 Acuerdo que se analiza tiene por efecto el falsear la competencia en el mercado, conducta expresamente prohibida por el artículo 1 LDC, por lo que no se encuentra

ningún motivo alegable por el que la existencia del servicio pueda suponer alguna ventaja para los consumidores y usuarios, sino al contrario.

5. El Servicio, según establecen los artículos 38.2 LDC y 6 del RD 157/1992, emitió informe, recibido en el Tribunal, junto con el expediente, el 12 de junio de 2001, en el que, en síntesis, estimaba, por una parte, que no se produce un cambio en la estructura de control, por lo que el Acuerdo no constituye una operación de concentración. Por otra parte, entendía que la cooperación analizada carece de capacidad para generar efectos restrictivos de la competencia, por lo que no constituye una práctica prohibida que pueda quedar incursa en las prohibiciones de la LDC. En su virtud, y puesto que no se considera una práctica prohibida por el artículo 1 LDC, no requiere la autorización prevista en el artículo 3 de la misma.

Ahora bien, en el caso de que el Tribunal apreciara que el Acuerdo suscrito entre BBVA y TERRA queda incurso entre las prohibiciones del artículo 1 LDC por tener capacidad para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional, el Servicio considera que se cumplen los requisitos de autorización exigidos por el artículo 3 LDC. En primer lugar, el acuerdo notificado contribuye al desarrollo técnico, especialmente, en la medida en que permite una mejora en la distribución de los servicios financieros, potenciando el aprovechamiento de las sinergias entre empresas financieras y de telecomunicaciones. De la misma forma, el desarrollo de este tipo de entidades deberá contribuir a aumentar la seguridad de las transacciones en Internet (desarrollo de nuevos estándares e instrumentos de seguridad), potenciando así de forma indirecta —al elevar el nivel de confianza del consumidor— el desarrollo de todo tipo de actividades de comercio electrónico.

Por otra parte, permite a los usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas, siendo la principal de éstas la disminución de los costes de búsqueda del consumidor, al permitir el acceso a través de un único portal a instrumentos financieros de distintas entidades. De esta forma, aumentará la competencia entre las mismas, que habrá de derivarse en ofertas más competitivas, en términos de variedad de la oferta y precios.

Por último, para el Servicio el Acuerdo no incluye restricciones a la libertad comercial de las partícipes y no permite la eliminación de la competencia respecto de una parte sustancial de los servicios contemplados, incluso considerando individualmente el segmento de servicios financieros en tiempo real.

6. Por Providencia de 13 de junio de 2001 el Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 del RD 157/1992, admitió a trámite el expediente y designó Ponente.

7. El Pleno del Tribunal en su reunión de 6 de septiembre de 2001 deliberó y acordó la presente Resolución, encargando su redacción al Vocal Ponente.

8. Son interesados:

— Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.
— Terra Networks S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El presente expediente de autorización singular tiene por objeto el Acuerdo Marco suscrito entre el BBVA y TERRA, de fecha 20 de abril de 2001, que es consecuencia del Acuerdo de Cooperación firmado entre ambas entidades el 6 de julio de 2000. Se trata de la puesta en marcha y desarrollo conjunto de un proyecto de banca electrónica por la red Internet en tiempo real, a través de UNOE BANK S.A. —hasta ahora filial al 100 por 100 del BBVA—, que prevé como principales compromisos la adquisición por TERRA del 49 por 100 del capital de dicha filial y la suscripción de un Acuerdo de accionistas que regule las relaciones de ambas partes como socios de la misma.

2. Ante todo, hay que señalar que el Acuerdo Marco para el que se solicita autorización —a diferencia de lo establecido en otros ordenamientos nacionales— no da lugar a una concentración económica en el sentido del artículo 14 LDC, ni del artículo 3 del Reglamento (CEE) número 4064/89 del Consejo, por cuanto el cambio en el control de UNOE que se produce con la operación del caso no supone la adquisición de un control conjunto que confiera la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre dicha empresa. Así, el control de los aspectos propios de la política estratégica y comercial de UNOE sigue dependiendo exclusivamente del BBVA.

En consecuencia, el Acuerdo supone la cooperación entre BBVA y TERRA para el desarrollo del proyecto antes descrito de la sociedad UNOE en la que TERRA no ostentará una participación de control, sino de complementariedad para la mejor realización del objeto del Acuerdo que es la prestación de los servicios financieros en tiempo real bajo el modelo conocido como de «supermercado financiero», ofreciendo una amplia gama de productos y de servicios de crédito y de inversión propios o de terceros, dirigida esencialmente a particulares y a pequeñas y medianas empresas.

3. Al no constituir el Acuerdo una concentración económica, el análisis de la operación habrá de realizarse bajo la óptica de los artículos 1 LDC y 81 TCE.

Con este fin, en la evaluación del Acuerdo Uno-e.com, a la luz de la legislación de la libre competencia, el elemento fundamental en el ámbito de la cooperación horizontal es la condición de competidores reales o potenciales de las partes suscriptoras del mismo.

A este respecto, hay que señalar que, en principio, TERRA y BBVA no pueden ser considerados competidores reales en sentido estricto, puesto que TERRA (o el Grupo Telefónica) no opera en el sector de las entidades de crédito y BBVA, por su parte, no ofrece servicios de telecomunicaciones.

Por otra parte, la valoración de TERRA y BBVA como competidores potenciales cabe realizarla en el ámbito de la banca minorista (no necesariamente con capacidad de ofrecer una gama completa de servicios que cubra todas las necesidades del usuario), en el ámbito de la banca de inversiones y en el de las operaciones en los mercados monetarios, donde se acelera el proceso de desintermediación bancaria.

El Servicio, tras realizar un detallado análisis del mercado —tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo— concluye considerando acertadamente que TERRA y BBVA no son competidores reales y, aun cuando podrían serlo potenciales en alguno de los nichos de mercado de la actividad financiera en tiempo real, no cabe esperar riesgos para la competencia efectiva derivados de una posible coordinación estratégica entre ambas empresas como consecuencia de la participación de TERRA en el capital de *Uno-e.com*.

Ello no obstante, un acuerdo de cooperación entre empresas no competidoras podría entrar en el ámbito de aplicación de la legislación de competencia cuando surjan problemas de exclusión o de discriminación en el acceso al mercado para terceros, sea de forma directa, sea indirectamente, como consecuencia del reforzamiento de la posición en el mercado de alguna de las partes suscriptoras del Acuerdo.

Pues bien, también en este punto, como entiende el Servicio, el carácter procompetitivo del concepto de supermercado financiero (transparencia y acceso a servicios ofertados por distintas entidades) y la naturaleza abierta de la actividad de explotación de portales de Internet, tanto desde el punto de vista de la oferta —por las reducidas barreras a la entrada— como desde el punto de vista de la demanda —inexistencia de incentivos para restringir el acceso— conducen a la conclusión de que el riesgo para la competencia derivado de hipotéticas relaciones de exclusividad es prácticamente inexistente.

Asimismo, como ha señalado la Comisión en su Decisión de 27 de abril de 2000 (Asunto Telefónica/Amadeus/Terra), cualquier discriminación que TERRA pudiera ejercer no podría tener efectos sustanciales sobre la competencia porque existe la posibilidad de crear otro portal o de recurrir a los competidores de TERRA. Es decir, TERRA no es «un recurso esencial» para la prestación de los servicios financieros en tiempo real o una ventaja comparativa que no pueda ser superada por sus competidores.

Por último, y a la vista del escaso peso de UNOE en la prestación de servicios financieros, así como la también pequeña importancia relativa que el comercio electrónico aún tiene en la actividad total de TERRA, resulta dudoso que la participación del portal en UNOE pueda derivar en un reforzamiento del posicionamiento de TERRA como portal de Internet y empresa de comercio electrónico.

Por todo ello, de acuerdo con el Servicio, el proyecto para el que se ha solicitado autorización puede ser considerado una cooperación lícita no prohibida por el artículo 1 LDC ni por el 81 TCE y, por lo tanto, que no requiere autorización singular.

Ello es así en tanto en cuanto se trata de un Acuerdo entre empresas cuyo objeto no es restringir la competencia y que carece de aptitud para producir efectos anticompetitivos. Por el contrario, introduce un canal alternativo, aprovechando las posibilidades de mejora que brindan las nuevas tecnologías y las sinergias entre las empresas financieras y de telecomunicaciones para la distribución de los servicios financieros, que puede tener efectos procompetitivos en los mercados.

4. En consecuencia y pese a la opinión desfavorable del Consejo de Consumidores y Usuarios —que se recoge en el AH4—, el desarrollo de este tipo de entidades deberá contribuir a aumentar la seguridad de las transacciones en Internet (desarrollo de nuevos estándares e instrumentos de seguridad), potenciando también de forma indirecta —al elevar el nivel de confianza del consumidor— el desarrollo de todo tipo de actividades de comercio electrónico.

Asimismo permite a los usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas, siendo la principal de éstas la disminución de los costes de búsqueda del consumidor, al facilitar el acceso a través de un único portal, a instrumentos financieros de distintas entidades. De esta forma, aumentará la competencia entre las mismas, que habrá de derivarse en ofertas más competitivas, en términos de variedad de la oferta y de mejores precios.

Por último, el Acuerdo no incluye restricciones a la libertad comercial de las partícipes y no permite la eliminación de la competencia respecto de una parte sustancial de los servicios contemplados, incluso considerando individualmente el segmento de servicios financieros en tiempo real.

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

HA RESUELTO

Unico. Declarar que el Acuerdo Marco relativo al desarrollo de banca electrónica por la red de Internet en tiempo real, presentado por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. y Terra Networks S.A. no se encuentra incluido entre las conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y, por lo tanto, no precisa ser sometido a autorización singular.

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

SECCION JURIDICO-ECONOMICA