

Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia

Resolución (Expte. r 476/01v SPANAIR/IBERIA)

■ En Madrid, a 11 de julio de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Vocal Dña. M^a Jesús Muriel Alonso, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 476/01v (2198/00 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), de recurso interpuesto por Spanair S.A. contra la Providencia dictada por el Instructor del expediente del Servicio, de fecha 1 de marzo de 2001, por la que se declaran confidenciales determinados documentos del expediente que se instruye por denuncia de la citada empresa contra Iberia, Líneas Aéreas de España S.A., por haber incurrido esta última en supuestas prácticas anticompetitivas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 31 de agosto de 2000 la entidad Spanair S.A. denunció ante el Servicio a la empresa Iberia, Líneas Aéreas de España S.A. al haber celebrado con dos de sus competidores, Air Nostrum y Air Europa, sendos acuerdos restrictivos de la competencia, haber puesto en práctica diversas conductas constitutivas de abuso de posición de dominio y haber falseado la competencia por actos desleales.

2. Por Providencia del Instructor del expediente en el Servicio, de 1 de marzo de 2001, se declararon confidenciales, al amparo de lo dispuesto en el art. 53 de la Ley de Defensa de la Competencia y a solicitud de la denunciada, los siguientes documentos:

- Alegaciones al escrito de denuncia, de las que se ha aportado un documento censurado.
- Acuerdo de franquicia Iberia/Air Nostrum.
- Pasajeros transportados por Air Nostrum
- Acuerdo de intenciones en relación con Binter Canarias de octubre de 1997.

3. Contra dicha Providencia la denunciante interpuso recurso ante este Tribunal mediante escrito con fecha de entrada 16 de marzo de 2001, en el que muestra su disconformidad con dicha Providencia alegando, básicamente, la falta de motivación de aquella, así como la improcedencia de la confidencialidad acordada, que le causa indefensión porque le impide realizar alegaciones sobre unos documentos de cuyo conocimiento se le priva.

4. Mediante escrito de 19 de marzo de 2001, 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 26 de marzo, 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 señala la improcedencia de la estimación del recurso, en concreto afirma:

«El Servicio admite la falta de motivación de la Providencia recurrida, pero en ningún caso se admite que dicha ausencia produzca indefensión a la recurrente, toda vez que ésta ha tenido ocasión de conocer las motivaciones de Iberia y Air Nostrum que fueron aceptadas por el Servicio para declarar la confidencialidad, por lo que la recurrente no se ha visto privada de formular alegaciones o interponer recursos como el presente.

Por lo que se refiere a la indefensión que le produce la decla-

ración de confidencialidad del contenido del acuerdo de franquicia suscrito por Iberia y Air Nostrum, cabe manifestar que, teniendo en cuenta que Iberia y Spanair son competidoras, el desvelar el contenido de dicho acuerdo supondría poner en manos de un competidor los secretos y estrategias comerciales de la compañía denunciada, por lo que, siguiendo la doctrina de este Tribunal, es claro que, cuando en el expediente todavía no se ha formulado el Pliego de Concreción de Hechos, debe darse a la confidencialidad la máxima amplitud. Por último, en cuanto a que se obligue a Iberia a presentar una versión no confidencial de dicho acuerdo, el Servicio considera que no procede acceder a dicha solicitud toda vez que Iberia ha aportado en versión "no confidencial", y a la que ha tenido acceso la recurrente, aquellas características del contrato de franquicia que son susceptibles de ser conocidas por terceros ajenos al acuerdo que, además, son competidores.

Por todo ello, solicita la desestimación del recurso.»

5. Por Providencia del Tribunal de 30 de marzo de 2001 se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan alegaciones, presentándose escrito por la denunciante el 18 de abril de 2001 y por las demás partes, Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo e Iberia, Líneas Aéreas de España, el 23 y 25 de abril de 2001, respectivamente.

6. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 19 de junio de 2001.

7. Son interesados:

- Spanair S. A.
- Iberia, Líneas Aéreas de España S. A.
- Air Nostrum S. A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La recurrente impugna la Providencia de 1 de marzo de 2001, dictada por el Instructor del expediente que se tramita en el Servicio con el número 2198/00, por la que se declaran confidenciales determinados documentos y, entre ellos, un acuerdo de franquicia celebrado entre Iberia y Air Nostrum, alegando como fundamento de su recurso, lo siguiente:

- En primer término, señala la falta de motivación de la Providencia objeto de impugnación, afirmando que dicho defecto es determinante de la anulabilidad de la Providencia, toda vez que le produce indefensión. Afirma que la motivación es una exigencia formal del acto administrativo y que su inobservancia da lugar a su anulabilidad al amparo de lo dispuesto en el art. 63.2 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

- En segundo término, alega que la declaración de confidencialidad del acuerdo de franquicia celebrado entre Iberia y Air Nostrum resulta improcedente y que impide el acceso de la recurrente a datos y elementos esenciales afectando, por ello, directamente, a su derecho de defensa.

Por consiguiente, solicita la revocación de la Providencia objeto de este recurso, declarándose por este Tribunal la improcedencia de decretar la confidencialidad íntegra del referido acuerdo de franquicia, requiriendo a las empresas antes expresadas para que aporten una versión no confidencial de dicho acuerdo de franquicia.



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

SEGUNDO. La adecuada resolución del presente recurso requiere que comencemos indicando que, aún admitiendo que el mismo reúne los requisitos de procedibilidad exigidos por el actual artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia tras la modificación efectuada por la ley 52/99, de 28 de diciembre, tal y como se expresa en el cuerpo de la Providencia recurrida (en contra del criterio establecido por este Tribunal en casos similares, al aplicar el citado artículo 47 antes de dicha reforma, Resolución de 10-07-97, expte. R 205/97), resulta evidente que la Providencia recurrida no ha causado indefensión alguna a la hoy recurrente.

En efecto, en relación con la alegada falta de motivación de la Providencia recurrida, defecto que es admitido por el propio Servicio, se ha de señalar que el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que los actos administrativos que enumera serán motivados con sucinta referencia de hechos y fundamento de derecho, de manera que permitan al destinatario su adecuada defensa y a los órganos que deben resolver sobre su impugnación el conocimiento de los datos fácticos y normativos necesarios para ello. Ahora bien, el requisito de la motivación ha de entenderse cumplido cuando en el acto administrativo se aceptan informes, dictámenes e, incluso, alegaciones de las partes, al estimarse que los mismos forman parte de la Resolución. En este sentido doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 24-2-1978, 15-11-1984 y 26-5-2000) admiten el cumplimiento de los fines de la motivación del acto administrativo con la remisión explícita o implícita a los informes o documentos que obran en el expediente, indicando, además, que «la falta de motivación o motivación defectuosa, no constituye nunca un supuesto de nulidad de pleno derecho, sino, a lo más, un vicio de anulabilidad, de acuerdo con el art. 63.2 de la citada Ley, pudiendo también implicar simplemente una mera irregularidad no invalidante, dependiendo de que haya producido o no indefensión».

Pues bien, en el caso que se analiza, se observa que la Providencia recurrida contiene una remisión tácita a las manifestaciones expresadas por Iberia y Air Nostrun como fundamento de la confidencialidad del acuerdo de franquicia que aportaron, de las que se dio traslado a la recurrente y que fueron aceptadas por el Instructor para, haciendo uso de las facultades que le otorga el artículo 53 de la Ley de Defensa de la Competencia, declarar la confidencialidad de dicho acuerdo, resultando obligado concluir, por todo ello, que la Providencia impugnada no ha causado indefensión alguna a la recurrente, quien ha tenido suficiente conocimiento de las razones y fundamento de la confidencialidad acordada, como lo pone de manifiesto, incluso, la propia formulación de este recurso.

En consecuencia, este Tribunal entiende que el defecto alegado de falta de motivación no puede ser causa suficiente para decretar la anulabilidad de dicho acto.

TERCERO. Por lo que se refiere ya al fondo del asunto, la Providencia del Instructor impugnada tampoco produce indefensión toda vez que el correspondiente expediente sancionador se halla en una etapa inicial, pues no se ha formulado todavía el pliego de concreción de hechos, ni tampoco se ha producido el sobreseimiento, de manera que no se puede hablar todavía con propiedad de la existencia de pruebas de cargo o exculpación ocultas ni, por tanto, se produce ningún tipo de indefensión ni a la denunciante ni a las denunciadas.

En este sentido, este Tribunal, en casos similares al que ahora se analiza, ha declarado, «que hay que ser muy precavido frente a la posibilidad de que se planteen por los competidores denuncias instrumentales que sólo persiguen conocer los secretos comerciales del competidor y que, por dicha razón y para no causar perjuicios irreparables a las empresas investigadas, hay que otorgar el beneficio de la confidencialidad a aquellos datos y documentos que constituyan secretos comerciales, reconociéndose, por ello, al Servicio, una amplia potestad para acordar la confidencialidad de datos y documentos en la fase de instrucción» (Expte. R. 205/97).

Por consiguiente, por los razonamientos expuestos y sin necesidad de acudir a mayores argumentaciones, se concluye en la procedencia de la desestimación del presente recurso.

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

HA RESUELTO

Único. Desestimar el recurso interpuesto por Spanair S. A. contra la Providencia de 1 de marzo de 2001, dictada por el Instructor del expediente sancionador que se tramita en el Servicio con el nº2198/00, por la que se declaró la confidencialidad de determinados documentos, confirmando dicha Providencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe otro recurso que el contencioso-administrativo que, en su momento, proceda contra la Resolución del Tribunal que ponga fin al expediente en vía administrativa. ■

RESOLUCIÓN Exp. r 442/00 (Transmediterránea/Comarit)

■ En Madrid, a 1 de octubre de 2001.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 442/00 (2069/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio), de recurso interpuesto por la entidad Federación Española de Transitarios Expedidores Internacionales y Asimilados contra el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de fecha 15 de junio de 2000, por el que se declaró el archivo de una denuncia presentada por aquella contra las empresas Transmediterránea S.A. y Comarit España S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 24 de septiembre de 1999 tuvo entrada en la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia escrito de denuncia presentado por D. Jesús Cuéllar Aguilar en nombre y representación de la Federación Española de Transitarios Expedidores Internacionales y Asimilados (en adelante, FETEIA), contra Transmediterránea S.A. y Comarit España S.A. por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

2. Tras realizar una primera investigación de los hechos, el Servicio concluyó, pág. 586 de su expediente, que: *además, de la documentación aportada, no se desprende que las navieras hayan llegado a un acuerdo de precios. El precio de referencia de 35 euros/metro lineal a que aluden los denunciantes, es algo que estaba establecido en el Convenio Hispano Marroquí de 1979, pero que, con posterioridad al Canje de Notas de 1992 y 1993, en la práctica ninguna naviera aplica ya que debido a la competencia en el sector, deben ajustar al máximo el precio con sus clientes. Los posibles usuarios utilizan una u otra compañía en función de la relación existente entre la calidad del servicio prestado y los posibles descuentos o bonificaciones que obtengan (folios, 16, 18, 20 a 60).*

En concordancia con esta conclusión el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó, con fecha 15 de junio de 2000, el archivo del expediente.



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

3. Mediante escrito de 3 de junio de 2000, FETEIA se dirigió al Tribunal interponiendo recurso contra el Acuerdo de Archivo reseñado en el párrafo anterior.

4. Tras la recepción de dicho escrito, el Tribunal, con fecha 5 de julio de 2000 ordenó la formación de expediente y, tras comunicar ese hecho a los interesados solicitó, con fecha 7 de julio de 2000, el correspondiente Informe del Servicio. Mediante Providencia de 6 de septiembre de 2000 y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 48.3 de la LDC, el Tribunal inició el correspondiente trámite de alegaciones. Ese expediente, que se tramita bajo el número r 442/00, es el que ahora se falla.

5. El Pleno del Tribunal deliberó y falló el recurso en su sesión del día 18 de septiembre de 2001.

6. Son interesados:

- Federación Española de Transitarios Expedidores Internacionales y Asimilados
- Transmediterránea S.A.
- Comarit España S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El recurrente, en su escrito de alegaciones ante el Tribunal, señala, en primer lugar, que el Servicio ha omitido toda consideración del supuesto acuerdo de precios relativo al tráfico Cádiz-Casablanca-Cádiz que, en su día, puso en conocimiento del Servicio. El Servicio, en su escrito de réplica a esas alegaciones, afirma que la denuncia de la Federación no hacía ninguna referencia a ese itinerario, motivo por el que el Servicio no se ha pronunciado sobre él.

En relación con este punto debe señalarse que la FETEIA denunció, en su día, haber tenido noticia de *determinados acuerdos adoptados por las diversas navieras que prestan el servicio marítimo de mercancías entre los puertos de uno y otro lado del Estrecho de Gibraltar*; posteriormente, en el punto primero de la enumeración de hechos, la Federación afirma que viene detectando acuerdos colectivos entre las compañías que realizan *el tráfico marítimo entre los puertos españoles y marroquíes (sic) próximos al Estrecho de Gibraltar, es decir, Algeciras/Cádiz y Tánger*. En otras partes de su escrito, la FETEIA alude a los servicios Algeciras-Tánger-Algeciras, Cádiz-Tánger-Cádiz o, en general, al tráfico entre otros puertos del estrecho.

El ámbito territorial de la denuncia se circunscribe, por tanto, a los servicios que se prestan en el Estrecho de Gibraltar respecto de los cuales el denunciante insiste especialmente en los relativos al tráfico entre Tánger y los puertos españoles de Algeciras y Cádiz. El Servicio —que ha analizado las relaciones entre los puertos de Algeciras y Cádiz con el de Tánger— tiene razón cuando afirma haber investigado los hechos objeto de la denuncia, puesto que el itinerario Cádiz-Casablanca, ciudades que se encuentran separadas por una considerable distancia, difícilmente puede enmarcarse en el concepto de tráfico del Estrecho.

Por ello, el Tribunal considera que el recurrente no tiene razón cuando afirma que el Servicio no ha investigado correctamente el ámbito geográfico de la denuncia inicial. No obstante, habida cuenta de las consideraciones que se formulan en los párrafos siguientes, relativas a la insuficiencia de la investigación del Servicio —y dado que el itinerario Cádiz-Casablanca contribuye de manera importante al total del tráfico marítimo entre España y Marruecos, cuyo desarrollo en régimen de competencia queda en entredicho— el Tribunal considera que es oportuno ordenar al Servicio que amplíe su investigación del paso del Estrecho con la de ese itinerario.

2. El recurrente señala a continuación que :

«Por otro lado, y por lo que concierne a línea Algeciras-Tánger-Algeciras, no puede aceptarse el razonamiento de la Subdi-

rección General en el sentido de que el acuerdo de precios viene motivado por la intercambiabilidad de billetes a que dan lugar los convenios concluidos con el fin de agilizar la operación <<Paso del Estrecho>>, pues dicha operación tiene lugar durante tres meses año, sin que exista ninguna justificación para que tales acuerdos o prácticas estén en vigor el resto del año, sin perjuicio de que entendemos que la expresada operación e intercambiabilidad no afecta al tráfico de mercancías y camiones que es regular durante todo el año».

Por su parte, el Servicio contesta que:

«Tal y como consta en la documentación aportada, la Operación Paso del Estrecho sí afecta al tráfico de camiones y mercancías puesto que el transporte se realiza en el mismo tipo de buques y no existe diferenciación según se trate de personas, automóviles o camiones, ya que el objeto es la agilización y la rapidez de los embarques.

Por otra parte, lo que existe es un Acuerdo de Servicios entre las distintas navieras en virtud del cual una compañía que transporta la carga de un cliente de otra naviera aplica el flete que dicho cliente haya acordado con su naviera».

El recurrente afirma, finalmente, que el hecho de que una serie de clientes preferenciales pueda obtener descuentos —que es lo que, en su opinión, ha detectado el Servicio— no contradice la hipótesis de que el cliente normal reciba idénticas ofertas de precios por parte de todas las compañías. El Servicio contesta a esta alegación señalando que, de su investigación, se sigue que no ha existido ningún tipo de acuerdo de precios.

3. El problema fundamental que se plantea en relación con las alegaciones resumidas en el FD 2 es el de dilucidar si el Servicio ha obtenido o no evidencia suficiente para rechazar la acusación de que ha existido un acuerdo de precios aplicable, al menos, a una categoría limitada de clientes (los que no gozan de un tratamiento preferencial). Ese problema aparece enmarcado por dos hechos diferentes pero claramente relacionados: 1) las partes reconocen que, tras la firma del Acuerdo de Transporte Marítimo Hispano-Marroquí de 29 de diciembre de 1979, cuyo artículo 4 fijaba un reparto de mercado, y que fue modificado después por los cambios de notas, de 30 de diciembre de 1992 y de 14 de mayo de 1993, entre ambos países, ha venido operando un acuerdo de precios que diversos intervinientes en el expediente califican de *orientativos o máximos*; 2) como consecuencia de las medidas adoptadas por las autoridades para facilitar la llamada Operación Paso del Estrecho, existen unos acuerdos de intercambio de servicios (o de interlínea) que determinan que los pasajeros y los vehículos (no exclusivamente los pasajeros como afirma, erróneamente, el recurrente; véase pág. 14 del expediente del Servicio) que se presentan en los puertos de Algeciras o Tánger sean embarcados en el primer navío disponible, con independencia de cuál sea la naviera con la que han contratado el servicio de transporte. Tales acuerdos son conceptualmente diferentes de un acuerdo de precios y no es imposible que funcionen sin la existencia de éste; no obstante, las dificultades prácticas de mantener separados ambos acuerdos son evidentes, por lo que la existencia del acuerdo de interlínea hace nacer, al menos, una sospecha inicial de que pudieran encontrarse apoyados por algún tipo de entendimiento de carácter más amplio.

4. Tras analizar la posible existencia de un acuerdo de precios, el Servicio concluye que le información disponible le permite llegar a una respuesta negativa. Los elementos esenciales de que ha dispuesto el Servicio son los siguientes:

a) En primer lugar, el Servicio se ha dirigido a cinco empresas que considera involucradas en la línea Algeciras-Tánger-Algeciras (pág. 15 del expediente del Servicio), que no coinciden exactamente con las que la Dirección General de la Marina Mercante



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

señala en su escrito de 12 de noviembre de 1999 (pág. 14), y ha recibido respuesta de las tres empresas españolas, Transmediterránea, Transmediterránea Euroferry y Líneas Marítimas Europeas, mediante unas cartas en las que se explica la estructura tarifaria de cada una de ellas. Transmediterránea señala también que no realiza el itinerario Cádiz-Tánger-Cádiz y adjunta una serie de contratos concluidos con catorce compañías de transportes, de los que resulta que el importe concertado con ellas es el mismo en prácticamente todos los casos (23,8 euros por camión cargado y 16,36 euros por camión vacío). Con esa información, el Servicio ha elaborado el resumen que aparece en las págs. 590 y 591 del expediente del Servicio, (págs. 3 y 4 del Acuerdo de Archivo), resumen que, en su opinión, contradice la hipótesis de la existencia de un acuerdo de precios.

b) Por otra parte, el Servicio ha recibido una carta de COMARIT ESPAÑA (pág. 516 del expediente del Servicio) en la que se le remiten 8 contratos suscritos con distintos usuarios por la compañía COMARIT TÁNGER (de la que COMARIT ESPAÑA afirma ser agente consignatario) y 20 conocimientos de embarque, relativos al trayecto Algeciras-Tánger-Algeciras y a los meses de febrero, marzo y agosto de 1999. Tales documentos, a los que el Servicio no alude expresamente en su Acuerdo de Archivo, muestran, en efecto, una considerable disparidad en las tarifas aplicadas.

En relación con la información obtenida por el Servicio, el Tribunal considera que presenta los siguientes defectos:

a) El Servicio se limita a dar por buenas las simples alegaciones de las empresas que han contestado a su escrito respecto a los precios que practican, sin realizar ningún tipo de investigación (tal como la solicitud de un registro en el que consten todas las facturas durante un determinado período de tiempo) que permita contrastar su veracidad; el Servicio, por otra parte, no parece valorar el hecho de que los contratos presentados por Transmediterránea sean prácticamente iguales ni que las respuestas de Líneas Marítimas Europeas y Comarit España, en las que se describen posibles causas de descuento (págs. 62 y 63), contengan párrafos idénticos.

b) Las facturas presentadas por Comarit España tienen un mayor interés en cuanto que corresponden a transacciones realmente efectuadas y muestran, en efecto, una gran disparidad de situaciones. No obstante, esas 28 facturas constituyen una muestra muy pequeña del conjunto de facturas relevante al caso; muestra que, por otra parte, ha sido seleccionada por Comarit España según los criterios que ha considerado oportunos, sin ninguna garantía de aleatoriedad.

En definitiva, los datos de que dispone el Servicio no permiten rechazar de forma convincente la hipótesis de que haya existido un acuerdo tarifario entre las diversas compañías que sirven el tráfico España-Marruecos a través del Estrecho de Gibraltar, ni responden adecuadamente a la alegación del recurrente en el sentido de que ese acuerdo de precios es aplicado esencialmente a las empresas poco importantes y resulta compatible con la aplicación de descuentos diferenciados a las empresas de mayor envergadura.

Por ello, procede estimar el recurso e interesar del Servicio que incoe expediente y obtenga mayor información sobre ese posible acuerdo.

5. La estimación del recurso no es susceptible de recurso alguno ya que se trata de un acto que, por decidir la continuación del expediente, no produce indefensión.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE

1. Estimar el recurso interpuesto por D. Jesús Cuéllar Aguilar en representación de la Federación Española de Transitarios Expe-

didores Internacionales y Asimilados (FETEIA) contra el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de fecha 15 de junio de 2000, por el que se archiva la denuncia presentada por dicha Federación.

2. Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de expediente, llevando a cabo los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos.

3. Ordenar al Servicio de Defensa de la Competencia que amplíe el ámbito geográfico de la investigación e incluya en ella el trayecto marítimo Cádiz-Casablanca-Cádiz.

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. ■

Resolución (Expte. r 460/00 Experian Bureau)

■ En Madrid, a 8 de octubre de 2001.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Vocal Dña. M^a Jesús Muriel Alonso, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 460/00 (2190/00 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), de recurso contra el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de fecha 10 de noviembre de 2000, por el que se archivó la denuncia formulada por Asnef-Equifax Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito S. L. (en adelante ASNEF-EQUIFAX) contra la entidad Experian Bureau de Crédito S.A.(Experian), por supuestas prácticas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia..

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 16 de marzo de 2000, la entidad ASNEF-EQUIFAX, denunció ante el Servicio a la entidad Experian por infringir la Ley de Defensa de la Competencia. Los hechos que, básicamente, se exponen en la denuncia son los siguientes:

— Que el Registro de morosidad puesto en funcionamiento por la entidad Experian excedía, tanto por su carácter sectorial como por el contenido de la información que en él se facilitaba, de los términos de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de diciembre de 1998 (expte. A 252/98 del TDC y 1888/98 del Servicio) que le declaró exento de autorización singular, y que, en consecuencia, la citada entidad estaba infringiendo normas de la competencia al prestar servicios de información comercial, similares a los prestados por la denunciante, que requerían de la citada autorización, y entendiendo la denunciante que, de dichos hechos, se derivaba un agravio comparativo con respecto a su fichero, solicitaba:

— que se iniciase un procedimiento que concluyese con la declaración de que el Registro de solvencia patrimonial y de crédito de ASNEF-EQUIFAX no requiere autorización.

— de no estimarse procedente lo anterior, se tuviera por formulada denuncia contra Experian por estar operando un Registro que requeriría autorización del Tribunal.

2. Con fecha 10 de noviembre de 2000, el Secretario 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 como consecuencia de considerar que, al no observarse indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC, no procedía la incoación de expediente.

Concretamente el Acuerdo señalaba que:



**SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA**

«La denunciante, Asnef-Equifax, no ha probado ni aportado indicios acerca de la verosimilitud de los hechos denunciados, esto es, de la pretendida vocación sectorial del Registro de Morosidad de Experian. Antes bien, dado el carácter subsidiario de la denuncia formulada que ha sido puesto de manifiesto anteriormente, lo que en primera instancia quiere demostrar con su exposición es precisamente la multisectorialidad del citado Registro, y su equiparación con aquél del que es titular, solicitando por este hecho una igualdad de trato normativo que ya ha sido analizada y desestimada por el Tribunal en Resolución de 10 de mayo de 2000 (Expte. 33/92).

La reciente implantación del Registro de morosidad para el que solicitó autorización Experian y su escaso número de participantes, hacen prematura cualquier presunción acerca de la vocación sectorial del mismo denunciada por Asnef-Equifax, e implica que, en el presente, no pueda hablarse de la existencia de indicios racionales de que no se estén respetando los términos en que la citada empresa se manifestó en su solicitud de autorización singular, es decir, que el citado Registro va a tener carácter multisectorial, ni se pueda afirmar que, en alguna medida, esté infringiendo los preceptos de la LDC, por lo que no hay una conducta perseguible por los órganos de defensa de la competencia.

Por todo ello, considerando que no existen datos que permitan presumir la existencia de infracción de las normas de competencia, se acuerda el archivo de las actuaciones.»

3. Contra dicho Acuerdo, la denunciante interpuso recurso ante este Tribunal mediante escrito con fecha de entrada 4 de diciembre de 2000, en el que muestra su disconformidad con el análisis del Servicio y reitera, básicamente, los argumentos esgrimidos en su escrito de denuncia.

4. Mediante escrito de 4 de diciembre de 2000 el Tribunal, según lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LDC, solicitó al Servicio la remisión del informe sobre el citado recurso, así como las actuaciones seguidas. El Servicio, mediante escrito con fecha de entrada 14 de diciembre, 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.

5. Por Providencia del Tribunal, de 18 de diciembre de 2000, se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan alegaciones, presentándose escrito por la denunciada, Experian, el 12 de enero de 2001, sin que la denunciante efectuase alegación alguna.

6. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 18 de septiembre de 2001.

7. Son interesados:

- ASNEF-EQUIFAX, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito S.L.
- Experian Bureau de Crédito S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El presente recurso se ha interpuesto contra el Acuerdo de 10 de noviembre de 2000, del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, por el que se archivó la denuncia formulada por la hoy recurrente.

Para fundamentar su pretensión, la recurrente, además de reiterar los hechos contenidos en su escrito de denuncia, alega los siguientes extremos:

1) En primer lugar, señala que, de la publicidad realizada por Experian en relación con el Registro que va a poner en funcionamiento, así como de las personas y entidades a las que se ha diri-

gido dicha publicidad, se desprende ya la existencia de indicios de que dicho Registro va a incumplir los términos de la Resolución de este Tribunal de fecha 30 de diciembre de 1998, por la que se declaró la no necesidad de autorización para el funcionamiento del Registro de morosos solicitado entonces por la hoy denunciada, pero siempre que no excediese los términos en que dicha solicitud fue presentada.

2) Afirma, también, que el Registro de morosos que va a poner en funcionamiento la denunciada es similar al que tiene la recurrente y respecto del que este Tribunal estimó que era necesaria autorización e impuso unas limitaciones para su funcionamiento, estimando, por ello, que resulta discriminatorio para la recurrente que se permita ahora la existencia del Registro de la denunciada, por lo que estima que se debería permitir a la recurrente la puesta en funcionamiento de un Registro similar o iniciar un expediente sancionador contra Experian.

3) Finalmente, insiste en la existencia de indicios racionales de una conducta prohibida por la LDC señalando, en contra de lo expresado en el Acuerdo recurrido sobre la necesidad, para abrir un expediente sancionador, de la existencia de una práctica restrictiva de la competencia o de indicios de la misma, que, para perseguir una conducta por ser contraria a la LDC, no es preciso que ésta se realice y materialice en su integridad, al igual que ocurre en el ámbito del Derecho Penal, donde se sanciona no sólo el delito consumado, sino también la tentativa del mismo, indicando, por último, que la admisión del argumento contenido en el acuerdo recurrido supondría poner en cuestión todo el procedimiento de autorizaciones singulares contenido en la LDC.

Por todo lo expuesto, considera que es procedente declarar que la decisión de archivo acordada por el Servicio no resulta acertada, debiéndose revocar y ordenar la incoación del expediente sancionador contra la entidad denunciada.

El Servicio, por su parte, y la entidad denunciada, Experian, entienden, por contra, que no existe indicio alguno de infracción de la LDC y, en consecuencia, estiman que debe confirmarse el archivo acordado.

SEGUNDO: El debate se centra, por tanto, en dilucidar si de los hechos y datos obrantes en el expediente pueden deducirse elementos suficientes que determinen la existencia de una práctica restrictiva de la competencia o de indicios de la misma, para dar lugar a la incoación del procedimiento sancionador.

Pues bien, para la adecuada resolución de dicha cuestión ha de partirse del análisis del expediente que permite deducir una serie de conclusiones objetivas que pueden sistematizarse en las siguientes:

1) Con fecha 2 de octubre de 1998 la hoy denunciada, Experian, solicitó al Servicio la autorización para poner en funcionamiento un Registro de morosidad multisectorial y, tras el procedimiento correspondiente, el Tribunal, mediante Resolución de fecha 30 de diciembre de 1998, estimó que no era preciso autorización alguna para el Registro de morosidad solicitado al tratarse de un Registro multisectorial.

2) Posteriormente, la hoy denunciada, Experian, ha elaborado un folleto publicitario acerca del Registro de morosidad que pretende poner en funcionamiento, publicándolo y divulgándolo entre diferentes entidades a las que puede interesar, entre las que se incluyen empresarios no competidores entre sí.

3) Finalmente, señalar que dicho Registro de morosidad no ha comenzado a funcionar hasta el mes de agosto de 2000.

De todo cuanto acaba de exponerse se deduce, sin dificultad, que son ajustados los argumentos contenidos en el Acuerdo recurrido acerca de la inexistencia de indicio alguno de infracción de la LDC por parte de la denunciada.

En efecto, ninguno de los documentos aportados por el denunciante contiene dato alguno que permita afirmar que estamos ante un Registro de morosidad que no va a cumplir las condiciones en



que fue solicitado y, como se señala en el Acuerdo recurrido, el escaso tiempo transcurrido desde su funcionamiento hace prematura cualquier presunción acerca de que dicho Registro no vaya a tener carácter multiseccional o vaya a infringir la LDC.

TERCERO: En consecuencia, el Servicio acordó el archivo de las actuaciones al entender, acertadamente, la inexistencia de indicios racionales de realizarse prácticas contrarias a la normativa de defensa de la competencia, sin que dicho acuerdo vulnera, en contra de lo que aduce el recurrente, el fundamental derecho de no padecer discriminación, pues tal derecho, según una reiteradísima jurisprudencia del TC, de sobra conocida, requiere el trato desigual ante situaciones de hecho semejantes que, en el presente caso, no se dan, toda vez que la pretensión explícita de Experian, en el expediente de autorización tramitado en su día, se refería a una actividad desarrollada en forma distinta de la denunciante, por lo que se carece del presupuesto inicial para poder hablar de trato discriminatorio. Además, ha de indicarse que la alegación de discriminación en el presente supuesto resulta también inapropiada, habida cuenta de que la discriminación por trato desigual nunca puede conducir a la apertura de un expediente sancionador. En otro caso, se llegaría a la absurda conclusión de que la interdicción de la discriminación podría amparar un ejercicio discrecional de la potestad sancionadora de la Administración cuando, como se sabe, en el procedimiento sancionador se exige como presupuesto objetivo inexcusable el encuadre del hecho incriminado en el tipo predeterminado legalmente, estando terminantemente prohibido resolver la responsabilidad de una infracción administrativa por meras presunciones o conjeturas.

En definitiva, de admitirse los argumentos de la recurrente, lo procedente sería la apertura del correspondiente expediente sancionador, si hubiere causa para ello, pero nunca sobre la base del principio de no discriminación, sino sobre la de hechos debidamente constatados constitutivos de infracción.

Se ha de concluir, por tanto, en la confirmación del criterio del Servicio, habida cuenta de que, en el presente caso, nos encontramos tan solo con una serie de actividades iniciales que en modo alguno ostentan carácter unívoco en cuanto a conducta infractora que, además, no supondría nunca una «tentativa» de infracción, como alega la recurrente, que, por otra parte, es impune en el Derecho Administrativo sancionador, a diferencia de lo que ocurre en el marco del procedimiento penal, sino de meros actos preparatorios que, incluso en el Derecho Penal, resultan también impunes.

De lo anteriormente expresado, se desprende la necesidad de confirmar el Acuerdo impugnado, ya que no existen indicios racionales bastantes que permitan sostener que la denunciada haya cometido ninguna infracción tipificada en la Ley 16/1989, de la Ley de Defensa de la Competencia, procediendo, por tanto, la desestimación del recurso, todo ello sin perjuicio de que el Servicio, en el ejercicio de las funciones de vigilancia que tiene encomendadas, deba examinar el desarrollo y funcionamiento del Registro de Experian que acaba de comenzar a operar.

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

RESUELVE

Unico. Desestimar el recurso interpuesto por Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito S. L. contra el Acuerdo de archivo, de 10 de noviembre de 2000, del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, que confirmamos en todas sus partes.

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, pues pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución. ■

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULAN LOS VOCALES SR. MARTÍNEZ ARÉVALO Y SR. CASTAÑEDA BONICHE A LA RESOLUCIÓN DE 8 DE OCTUBRE DE 2001 DEL EXPEDIENTE R 460/00

En su Resolución de 30 de diciembre de 1998, al Expte. A 252/98 Experian Bureau de Crédito, el Tribunal concluyó que el tipo de registro de morosos que Experian proponía poner en práctica no tenía vocación sectorial, por lo que no incurría en la prohibición del art. 1 LDC y, por tanto, no requería autorización. Sin embargo, en su FD2, el Tribunal señalaba:

«No obstante, esta apreciación del Tribunal se basa en la declaración expresa de la solicitante de que la información incorporada al Registro es exclusivamente la relativa a morosidad tal como se describe en la norma tercera de funcionamiento del registro (folio 10). En consecuencia, si la información aportada excediera de la descrita en dicha norma, si el Registro no se limitara a la función de transmitirla, sin calificarla ni elaborarla y sin realizar, en ningún caso, indicaciones de política comercial, o si los clientes que sean competidores la utilizaran para coordinar dicha política, podrían tales comportamientos constituir una práctica prohibida por la LDC.»

1. El presente expediente

En el expediente actual el Tribunal debe dilucidar si Experian ha excedido los límites de la autorización inicial, en cuyo caso habría estado operando un registro al margen de lo autorizado en dicho FD 2, y las consecuencias jurídicas que tendría esa conducta. El recurrente afirma que dicha autorización ha sido superada y señala al efecto una serie de párrafos de los folletos informativos difundidos por Experian entre sus potenciales clientes. El Servicio considera que: «para la posible admisión a trámite del correspondiente expediente, es necesario determinar la existencia, bien de una práctica restrictiva de la competencia, bien de indicios de la misma. La ausencia de cualquiera de estos elementos implica necesariamente el Acuerdo del Archivo de las actuaciones llevadas a cabo en averiguación de los hechos denunciados, tal y como ha ocurrido en el presente caso»; esa opinión es compartida por la postura mayoritaria del Tribunal que señala: «ninguno de los documentos aportados por el denunciante contiene dato alguno que permita afirmar que estamos ante un Registro de morosidad que no va a cumplir las condiciones en que fue solicitado» (FD 2).

Los Vocales que suscriben lamentan discrepar de esa interpretación de los hechos y de sus consecuencias. En nuestra opinión existen dos preguntas fundamentales a las que, a diferencia de lo que opina la postura mayoritaria, debe darse una respuesta afirmativa.

1) ¿Está Experian, a través de sus folletos, ofreciendo servicios más allá de los autorizados en la Resolución de 30 de diciembre de 1998?

2) En caso afirmativo: ¿debe atenderse a la mera oferta de esos servicios para analizar sus posibles efectos anticompetitivos?.

a) Respecto a la primera pregunta deben citarse los siguientes textos de folletos repartidos por Experian.

(pág. 9)

«El Bureau de Crédito de Experian es una base de datos que comprende múltiples archivos integrados, gestionados con el apoyo de sofisticadas técnicas de tratamiento de datos, que permiten a nuestros clientes contar con la información necesaria para evaluar el riesgo de una operación.»

Nuestras plataformas informáticas facilitan el acceso en tiempo real a los datos, a la vez que son flexibles y personalizables para satisfacer las necesidades de cualquier suscriptor.»



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

Se trata de un servicio de información que supera el concepto tradicional de gestión de ficheros, dotando a nuestros clientes de una innovadora herramienta para el apoyo a la toma de decisiones».

(pág. 13)

«Experian pone a disposición de sus clientes una completa historia crediticia sobre consumidores, operando dentro del marco legal español. Esta información es mucho más que un limitado punto de vista de información negativa. En este sentido, los solicitantes de operaciones comerciales o créditos pueden beneficiarse de unas mayores facilidades de concesión, evitando así pasar por largos procesos de análisis. A su vez los suscriptores, pueden valorar de forma más efectiva el riesgo envuelto en una operación, aumentando así su cartera.

Para completar y realizar los servicios ofrecidos como núcleo del Bureau de Crédito, Experian posee otros productos que dan valor añadido al servicio, como una variada gama de scorings, sistemas de seguimiento, marketing, etc.»

(pág. 14 y 15)

«El Bureau de Crédito da vida a la potencia de la información:

- *Acceso simple a la más actualizada y completa base de datos de información sobre consumidores.*
- *Información presentada en un formato que es fácilmente incorporable a los sistemas y procedimientos existentes.*
- *Sofisticados productos de valor añadido que complementan la base de datos del Bureau de Crédito.*
- *Una plataforma pensada y preparada para la cooperación entre sectores en la gestión de la información.*
- *Servicios completamente automatizados on-line, que permiten a los usuarios del Bureau procesar solicitudes rápidamente tanto en su sede central, como en concesionarios o sucursales.*

Apoyo a la decisión

«Creamos modelos de análisis y avanzados sistemas de apoyo a la toma de decisiones que permiten a nuestros clientes mantener relaciones con clientes de gran complejidad y tomar decisiones de forma rápida y segura».

Creemos que los textos son suficientemente claros a la hora de mostrar que Experian ha ofrecido servicios que van más allá del registro de la *información exclusivamente relativa a morosidad* que, en su día, presentó ante el Tribunal y fue objeto de la Resolución de 30 de diciembre de 1998. Mención especial merece el término inglés *scoring* usado en el folleto (pág. 13) para describir esos servicios. El diccionario Collings Inglés-Español, en su tercera edición, editada en España por el grupo Grijalbo, traduce el verbo inglés *to score* por: *2.(b) obtener una puntuación... obtener una nota...; ser calificado de...*, de donde resulta que ese barbarismo es particularmente elocuente a la hora de mostrar que Experian ofrece unos servicios, los de calificación de clientes, que el Tribunal señaló expresamente no estar cubiertos por su autorización.

b) Las consecuencias jurídicas de esos hechos.

El Servicio considera que el simple acto de ofrecer estos servicios no constituye una violación del art. 1 LDC y que resulta necesario esperar a analizar su concreción práctica, opinión que es compartida por la postura mayoritaria cuando señala: *el escaso tiempo transcurrido desde su funcionamiento hace prematura cualquier presunción acerca de que dicho Registro no vaya a tener carácter multisectorial o vaya a infringir la LDC (FD 2)*. A este respecto debe recordarse una vez más que el art. 1 LDC prohíbe no ya las prácticas restrictivas sino *«todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el*

efecto de...». En el pasado, el Tribunal ha sancionado, en numerosas ocasiones, prácticas colusorias consistentes en un mero anuncio, sin necesidad de justificar sus efectos prácticos. En este sentido puede mencionarse la sanción impuesta al Colegio de Ingenieros Técnicos Industriales de Burgos, mediante la Resolución de 23 de noviembre de 1999, al Expte. 445/98, por aprobar y distribuir entre sus colegiados la Circular nº 21 —véase el Hecho Probado Único y el FD1 de dicha Resolución— y la sanción impuesta al Consejo General de la Abogacía Española, mediante Resolución de 18 de enero de 2000, al Expte. 455/99, por publicar un Reglamento de Publicidad, sin analizar su aplicación práctica. En el mismo sentido la Resolución de 1 de diciembre de 2000, al Expte. 479/99, UNESPA, señala: *«Cabe destacar que la infracción consiste en la adopción de la recomendación colectiva, siendo indiferente a los efectos de constatar la vulneración del artículo 1.1.a) LDC que se haya producido o no la aplicación de la misma pues la infracción reside en adoptar la recomendación que tiene por objeto falsear la libre competencia».*

Por otra parte, no puede considerarse que las afirmaciones contenidas en el folleto sean una mera fanfarronada sin mayor trascendencia. Experian es una empresa conocida, que se autotitula *Líder mundial en los servicios de información* (pág. 8), que ha emitido un folleto cuya presentación no desmerece de las pautas de calidad habituales en el sector financiero y que ha realizado un acto de presentación en un conocido hotel madrileño de la máxima categoría. Experian ha invertido, por tanto, considerables recursos financieros en hacer publicidad de los productos que afirma que desea introducir en el mercado, por lo que no nos parece lógico dudar que existiera realmente la intención de hacerlo.

Entendemos, por tanto, que la actuación de Experian supera claramente los límites impuestos por el Tribunal en su Resolución de 30 de diciembre de 1998, lo que supone un primer indicio de actuación contraria al art. 1 LDC, suficiente para la incoación de un expediente sancionador que hubiera permitido investigar con mayor detalle los hechos y dilucidar la doctrina aplicable al caso; debería haberse atendido, por tanto, a la solicitud del recurrente.

2. La doctrina general del Tribunal

Una vez expuesta nuestra opinión sobre los hechos, analizamos dos cuestiones relativas a la doctrina aplicable al caso concreto: a) el problema de si Experian —sociedad anónima, pero que recibe y guarda la información procedente de otras empresas, algunas competidoras entre sí, otras no— constituye o no sujeto pasivo del art. 1 LDC y b) la cuestión de si el servicio ofrecido por Experian requeriría autorización (es decir, el del condicional utilizado en la oración final del FD2 de la Resolución de 30 de diciembre de 1998: *... podrían tales comportamientos constituir una práctica prohibida por la LDC.*)

a) El problema de si debe aplicarse la prohibición de dicho artículo a una empresa intermediadora en el proceso de recogida de información, conceptualmente diferente de una mera asociación profesional del sector, ha sido ya resuelto por el Tribunal en casos similares. En su Resolución de 11 de marzo de 1999, al Expte. A 232/97, Registro Mora Trans Unión España TUE-Mora, el Tribunal, siguiendo una doctrina establecida en numerosas resoluciones anteriores, distingue, en el FD1, entre unos registros que requieren autorización y otros que no la requieren según el criterio de su vocación monosectorial o plurisectorial, no sobre la base de la forma jurídica que reviste la sociedad que recopila la información; en esa Resolución, el Tribunal consideró necesario que Trans Unión España Credit Bureau S.L. obtuviera autorización singular (autorización que concedió) a pesar de ser una sociedad limitada cuyo accionariado no se encontraba compuesto por las empresas que suministraban la información. En el mismo sentido, la Resolución de 3 de noviembre de 1999, al Expte. A



239/98, Crédito ASNEF-EQUIFAX, considera que la empresa ASNEF-EQUIFAX, sociedad limitada especializada en la materia, y no una asociación profesional, debe obtener autorización singular para el registro que pretende llevar a cabo, autorización que el Tribunal otorga, pese a los votos disidentes de dos Vocales que opinan, en su voto particular, no que no deba solicitarse autorización, sino que dicha autorización no debe concederse.

b) En numerosas Resoluciones el Tribunal se ha pronunciado sobre los registros de morosos monosectoriales (que requieren autorización) y plurisectoriales (que no la requieren); en la citada Resolución de 3 de noviembre de 1999, el Tribunal se pronuncia en el sentido de que un registro de datos positivos de carácter monosectorial también requiere autorización. En concreto en el FD2 de dicha Resolución se justifica el porqué un registro positivo requiere autorización y en el FD3 se explica la naturaleza monosectorial del registro cuya autorización solicita ASNEF-EQUIFAX. Dichos fundamentos de derecho rezan:

«El caso que se considera presenta la peculiaridad, en relación con esa doctrina tradicional, de que la información que se pretende introducir en el registro supone un paso más, con la adición de lo que se denominan datos positivos, entre los que se incluyen rúbricas tales como el saldo crediticio, los avales, cauciones y garantías y las operaciones de arrendamiento financiero o la disposición temporal de activos, que complementan el historial de impagos con información más amplia, siempre orientada a evaluar la capacidad crediticia, sobre cierto tipo de agentes económicos. No cabe duda de que esa mayor riqueza informativa del Registro no disminuye su potencial anticompetitivo, de donde resulta que la doctrina elaborada por el Tribunal en relación con los registros de morosos es plenamente aplicable y el Registro de Información de Crédito solicitado por ASNEF-EQUIFAX quedaría incurso en la prohibición del art. 1 de la LDC».

.....

«El Registro que se analiza tiene por objetivo fundamental servir las necesidades de una serie de entidades financieras, concepto que, a su vez, constituye un conjunto de empresas heterogéneo en cuanto a sus finalidades, dimensiones y forma de actuar. Ese hecho podría servir de base para argüir la naturaleza plurisectorial del instrumento, lo que excluiría su calificación como práctica tipificada en dicho artículo 1. No obstante, el Tribunal considera que debe atenderse más bien a los importantes elementos comunes que subyacen al concepto de entidades financieras y de financiación; dichos elementos comunes son los que determinan la forma que adopta el Registro, justifican su utilidad y, como se señalará en el Fundamento de Derecho núm. 5, han de ser evaluados de forma conjunta al examinar su incidencia sobre el funcionamiento de la economía y sus eventuales beneficios para los consumidores».

En el esquema lógico marcado por esas Resoluciones queda, por tanto, una casilla por rellenar que es la de los registros de datos positivos con carácter plurisectorial sobre los que el Tribunal no se ha pronunciado. Por otra parte, el expediente que hoy se analiza plantea la duda de si el registro puesto en práctica por Experian, que claramente excede los límites del registro de morosos objeto del Expte. A 252/98, es mono o plurisectorial. Éstos son los aspectos de fondo que, en nuestra opinión, no han podido ser tratados debidamente al limitarse el Servicio, y después la opinión mayoritaria, a considerar que los hechos no justifican la apertura de un expediente.

Por estas consideraciones opinamos que debería haber sido estimado el recurso de ASNEF-EQUIFAX solicitando que se interesase del Servicio la incoación del oportuno expediente sancionador.

Madrid, 9 de octubre de 2001

RESOLUCIÓN DE INCIDENTE PARA ORDENAR PUBLICACIÓN (Expte. 410/97, Aparejadores Mallorca)

■ En Madrid, a 10 de octubre de 2001.

El Pleno del Tribunal, integrado por los señores expresados al margen y siendo Ponente el Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución incidental en el expediente 410/97 (1520/97 del Servicio de Defensa de la Competencia) para dar cumplimiento a la Resolución de 28 de octubre de 1998, una vez firme la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2001 que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra aquélla.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 28 de octubre de 1998 se dictó Resolución en el expediente citado en el encabezamiento, en cuya parte dispositiva se resolvió:

«Primero: Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por el apartado 6.1 de la Ley 16/1989, consistente en condicionar el otorgamiento del visado de la hoja encargo profesional a que se paguen, depositen o avalen los honorarios devengados por un profesional anterior.

Se consideran autores de dicha práctica restrictiva de la competencia al Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Mallorca y al Consejo General de los Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de España.

Segundo: Intimar a los autores de la práctica declarada prohibida para que, en lo sucesivo, se abstengan de adoptar comportamientos similares al anterior.

Tercero: Imponer al Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Mallorca una multa de un millón de pesetas por la práctica declarada prohibida y otra de 200.000 pesetas por incumplimiento del deber de suministro de datos.

Cuarto: Ordenar al Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Mallorca que remita esta Resolución a todos sus colegiados en el plazo de un mes a contar de su notificación.

Quinto: Ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en uno de los diarios de mayor circulación de las Islas Baleares a costa del Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Mallorca y en otro de los de mayor circulación en el territorio nacional a costa del Consejo General de los Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de España.»

2. Contra dicha Resolución se interpusieron, respectivamente, por el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos y por el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Mallorca, los recursos contencioso-administrativos 6/1904/98 y 6/1927/98.

3. En dichos recursos contencioso-administrativos se dictó Auto de 22 de abril de 1999 por el que se acordaba la suspensión de la ejecución del punto 51 de la parte dispositiva, antes transcrita, de la Resolución de 28 de octubre de 1998.

4. Dichos recursos contencioso-administrativos han sido desestimados por Sentencia firme de la Sección 60 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2001 de la que dicha Sección ha remitido testimonio con escrito del día 3 de septiembre pasado, recibido el 18 siguiente en este Tribunal.



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

5. El Pleno del Tribunal ha deliberado y fallado sobre este asunto en su reunión del día 25 de septiembre de 2001.

6. Son interesados los mismos que lo fueron en la Resolución de 28 de octubre de 1998.

— Representaciones, Inversiones y Administraciones Reina S.A.

— Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Mallorca.

— Consejo General de Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de España.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Una vez firme la Sentencia de la Audiencia Nacional a que se ha hecho referencia en el Antecedente de Hecho 41, ha quedado sin efecto, por aplicación del artículo 132.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la medida cautelar de suspensión acordada por el Auto a que se ha hecho referencia en el Antecedente de Hecho número 3.

2. Por tanto, procede ejecutar la Resolución de este Tribunal, mencionada en el Antecedente de Hecho 11, de 28 de octubre de 1998, y ordenar la publicación de su parte dispositiva, en los términos establecidos en el apartado Quinto de dicha parte dispositiva, en el Boletín Oficial del Estado y en uno de los diarios de mayor circulación de las Islas Baleares (a costa del Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Mallorca) y en otro de los de mayor circulación en el territorio nacional (a costa del Consejo General de Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de España).

3. En cuanto al plazo para efectuar las publicaciones ordenadas se estima que es suficiente el de un mes a contar de la notificación de esta Resolución.

En virtud de todo lo anterior, este Tribunal

RESUELVE

1. Ordenar la publicación de la parte dispositiva de la Resolución de 28 de octubre de 1998 en los términos establecidos en el apartado Quinto de su parte dispositiva y con el texto contenido en la notificación que se hizo de aquella Resolución, adicionado con las referencias a su firmeza por la desestimación de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra ella.

2. El plazo para efectuar dichas publicaciones será el de un mes a contar de la notificación de esta Resolución a los obligados a ello.

3. En el caso de que no se efectúe la publicación en el plazo establecido, se impondrá una multa coercitiva de 100.000 pesetas por cada día de incumplimiento de esta obligación.

4. El cumplimiento de esta obligación deberá justificarse ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

5. Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia que vigile el cumplimiento de la obligación impuesta, proponiendo en su caso a este Tribunal la multa coercitiva que corresponda en el supuesto de que no se cumpla la obligación de publicar en el plazo señalado.

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 de su notificación. ■

RESOLUCIÓN EXPTE. 504/00, Abogados Madrid

■ En Madrid, a 11 de octubre de 2001.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal), con la composición antedicha y siendo Vocal ponente D. Julio PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la presente Resolución en el expediente nº 504/00 (1948/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio) incoado al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM) por presuntas conductas limitativas de la publicidad supuestamente prohibidas por la legislación de defensa de la competencia y que tuvo su origen en sendas denuncias de Mutuo Acuerdo S.L (MUTUO ACUERDO) y Teleconsulta Jurídica S.L. (TELECONSULTA JURÍDICA).

ANTECEDENTES

1. El 12 de febrero de 1999 MUTUO ACUERDO formula una denuncia ante el Servicio contra el ICAM, por conductas supuestamente limitativas de la publicidad de los servicios prestados por los abogados que habrían vulnerado la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), y el Tratado de la Unión Europea. El Servicio abre una información reservada y el 24 de mayo de 1999, a la vista de los resultados, su Director acuerda, mediante Providencia, admitir la denuncia e incoar expediente al ICAM.

El 3 de agosto de 1999 el Servicio recibe una segunda denuncia contra el ICAM, esta vez de TELECONSULTA JURÍDICA, que la formula también por ciertas supuestas conductas presuntamente limitativas de la publicidad de los servicios prestados por los abogados, que habrían vulnerado la Ley de Defensa de la Competencia. El Servicio abre una información reservada y el 7 de marzo de 2000, a la vista de los resultados, su Director acuerda, mediante Providencia, admitir también esta segunda denuncia e incoar el oportuno expediente al ICAM.

En la Providencia de 7 de marzo de 2000 el Director del Servicio también acuerda acumular los dos expedientes incoados al ICAM en el primero, con el nº 1948/99, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 36.5 LDC, al haber apreciado la existencia de una íntima conexión entre los hechos objeto de ambos expedientes.

2. El 18 de julio de 2000 el Instructor dicta, mediante Providencia, el Pliego de Concreción de Hechos que es comunicado a los interesados, dándoles un plazo para alegaciones, dentro del cual el ICAM presenta las suyas, no compareciendo en este trámite los denunciantes. Los cargos del Servicio son dos: 1º) Limitar el derecho a la publicidad de los abogados del Colegio de Madrid, con lo que esto supone de restricción de la competencia entre los operadores económicos que estos abogados son, al mantener vigentes normas colegiales contrarias a la LDC e imponerlas coactivamente, todo lo cual supondría una infracción del art. 1 LDC. 2º) Trasladar las normas colegiales de publicidad a empresas terceras ajenas a la corporación, lo que podría calificarse como un intento de boicot a la publicidad de la empresa denunciante, lo que el Servicio califica también como una infracción del art. 1 LDC.

3. El 26 de octubre de 2000, concluidas las actuaciones, el Instructor redacta el Informe previsto en el art. 37.3 LDC que, con la conformidad del Director del Servicio, se remite al Tribunal, donde tiene entrada el 2 de noviembre de 2000. En dicho Informe, se propone al Tribunal, entre otros, los siguientes pronunciamientos:



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

Primero.- Que como consecuencia de la instrucción realizada, el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1.1a) y 1.1b) de la LDC, imputables al ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID, consistentes en la no adaptación de los Estatutos del ICAM a la nueva normativa existente en materia de Colegios Profesionales y la aplicación coactiva del mismo, el mantenimiento en vigor del Código Regulator de la Publicidad de 1995 con posterioridad a la promulgación de la Ley 7/1997 con las restricciones a la competencia que se han indicado en este Informe así como la aplicación coactiva del mismo y la aprobación por el ICAM de un Código Regulator de la Publicidad en 1998 cuyo contenido también establece prohibiciones y limitaciones a la publicidad de los servicios profesionales de los Abogados.

Segundo.- Que asimismo el Tribunal de Defensa de la Competencia declare la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1b) de la LDC, imputable al ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID consistente en trasladar las normas existentes en el Colegio en materia de publicidad a empresas terceras ajenas a la Corporación.

4. El 10 de noviembre de 2000 el Tribunal dicta Providencia de admisión a trámite del expediente, nombra Ponente y acuerda poner de manifiesto el expediente a los interesados por el plazo legal de quince días para que puedan solicitar la celebración de vista y proponer pruebas. Comparecen en este trámite únicamente MUTUO ACUERDO y el ICAM.

5. El 5 de febrero de 2001 el Tribunal dicta Auto de prueba y vista en el que acuerda admitir y declarar pertinente la prueba documental propuesta y considerar innecesaria la celebración de vista, concediendo a los interesados un plazo de quince días para formular conclusiones escritas, que luego es prorrogado. En el trámite de conclusiones únicamente comparecen TELECONSULTA y el ICAM.

6. El 11 de mayo de 2001, finalizado el trámite de conclusiones, el ICAM presenta un escrito ante el Tribunal, al que acompaña una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimatoria de un recurso interpuesto contra el Código Regulator de la Publicidad de Abogados de Madrid. De estos documentos se da vista a los interesados para alegaciones, compareciendo en este trámite únicamente TELECONSULTA, el 10 de agosto de 2001.

7. El Pleno del Tribunal deliberó y falló el 25 de septiembre de 2001.

8. Son interesados:

- Mutuo Acuerdo S.L.
- Teleconsulta Jurídica S.L.
- Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

HECHOS PROBADOS

El Tribunal, de entre los que el Servicio presenta como acreditados, considera como hechos probados, a los afectos de resolver el presente expediente, los siguientes:

1. El Ilustre Colegio Oficial de Abogados de Madrid tiene establecidas unas normas de publicidad para sus miembros que se recogen en los Estatutos colegiales, vigentes desde 1981, y en el Código Regulator de la Publicidad del ICAM del que han estado vigentes, sucesivamente, tres versiones cuyas respectivas fechas de aprobación son: 6 de Marzo de 1995, 22 de Enero de 1998 y 10 de Febrero de 2000.

2. En cuanto a los vigentes Estatutos de 1981, su artículo 13 establece: *Queda prohibido a los Abogados la publicación de anuncios relativos al ejercicio de su profesión.*

3. El Código Regulator de la Publicidad de 6 de marzo de 1995 disponía, entre otros:

Título I, artículo 4: *Resulta contraria a la deontología profesional aquella publicidad que siendo transmitida por medio legítimo: (...) e) Haga referencia a las tarifas o a las normas de honorarios (...).*

Título II, artículo 5, refiriéndose a la publicidad sometida a autorización: 2. *A modo enunciativo, y no excluyente, estarán sujetos a autorización previa: la edición de folletos explicativos que incluyan las características de los despachos, Abogados que lo componen y materias a las que se dediquen; la edición de circulares informativas sobre materias jurídicas y los anuncios en prensa.*

4. El Código Regulator de la Publicidad de 22 de enero de 1998, que derogaba el anterior, estableció, entre otros:

Título II, artículo 4: *Resulta contraria a la deontología profesional la publicidad que, siendo transmitida por medio autorizado o legítimo: (...) e) Haga referencia a las tarifas o a las normas de honorarios (...).*

Título III, artículo 6, refiriéndose a la publicidad sometida a autorización: a) *La intervención en consultorios jurídicos de comunicación social que no sea esporádica. b) La edición de folletos publicitarios, circulares, dípticos, trípticos, o revistas del propio despacho. c) Los anuncios en prensa cuando contengan publicidad de un Abogado o bufete de Abogados. d) En aquellos casos en los que se utilicen fotografías, iconografías o ilustraciones.*

5. El Código Regulator de la Publicidad de 10 de febrero de 2000, que entró en vigor el 1 de abril de 2000, sustituyendo al de 22 de enero de 1998, estableció en su Norma Primera: *Los abogados podrán realizar libremente publicidad de sus servicios, dentro de los límites de la deontología profesional y de la normativa vigente sobre publicidad y competencia desleal.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Lo que corresponde dilucidar en el presente expediente, en primer término, es si resultan correctas las apreciaciones del Servicio de Defensa de la Competencia según las cuales el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid ha cometido infracción del artículo 1 LDC por mantener en vigor unas normas de publicidad contrarias a dicho precepto. Después, si ha habido traslación de las referidas normas a empresas terceras ajenas a la Corporación y, en su caso, cómo cabe valorarla.

2. Aunque en su expediente al ICAM el Servicio acumula dos distintos, que se habían originado en sendas denuncias independientes que dos empresas habían formulado, no es la materia de las dos denuncias lo que aquí se ventila, sino las imputaciones al ICAM que le hace el Servicio tras la instrucción del expediente llevada a cabo. Es decir, lo que ha de ser primer objeto de atención por el Tribunal es la verificación de la supuesta contradicción de la normas de publicidad del ICAM con el art. 1 LDC, como sostiene el Servicio.

3. En consecuencia con lo dicho, resulta improcedente la secuencia que, para el análisis, el ICAM propone al Tribunal en su escrito de Conclusiones. Dice allí el ICAM que, como el presente expediente es fruto de la admisión a trámite por el Servicio de dos denuncias contra el ICAM, el Tribunal ha de investigar separadamente las dos conductas denunciadas. El Tribunal considera, por el contrario, que debe ceñirse a analizar los dos cargos del Servi-



cio y proceder a aceptar o rechazar las propuestas que se le hacen al respecto. Porque, cualesquiera que hayan sido las relaciones entre los denunciantes y el ICAM, son anecdóticas a los efectos de resolver este expediente. Aquí, el Servicio, que podía haberlo hecho de oficio, a raíz de dos denuncias, estudia la normativa del ICAM en materia de publicidad y, de resultas, formula dos cargos contra el mismo y las correlativas propuestas al Tribunal, que éste debe valorar por su propio mérito.

4. Resulta superflua, por tanto, la alegación del ICAM, según la cual el Tribunal es incompetente para pronunciarse sobre la denuncia de TELECONSULTA JURÍDICA, por existir un pronunciamiento previo de la jurisdicción contencioso-administrativa. Tanto si le asistiera, o no, la razón en este punto al ICAM, lo cual no debe influir en el Tribunal a la hora de resolver este expediente que ha de circunscribirse exclusivamente a lo previsto en la LDC, el objeto del análisis no es ahora los hechos denunciados, sino las imputaciones del Servicio al ICAM por haber presuntamente vulnerado la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, al mantener en vigor unas normas de publicidad irrespetuosas con ella y haberlas supuestamente trasladado más allá del ámbito corporativo.

5. Entrando en el fondo del asunto, el Tribunal necesariamente ha de considerar el importante papel que la publicidad juega en el mercado de bienes y servicios, al reducir el coste de información para consumidores y usuarios, enterando a éstos de la existencia de los diversos oferentes y de las singularidades de sus distintas ofertas, tanto por lo que se refiere a los precios como en lo relativo a las diversas características de los bienes y servicios ofrecidos. Este trascendental papel informativo de la publicidad incide de forma directa en la competencia, que se ve negativamente afectada cuando se cercena su ejercicio. Lo cual sucede en los mercados de cualesquiera bienes y servicios y, desde luego, en el de los servicios profesionales prestados por los abogados. Impedir o dificultar el desarrollo de la publicidad a los operadores económicos, impide o dificulta la competencia entre ellos, lo cual atenta de modo directo al orden público económico del cual la competencia es pieza clave en una economía de mercado. El Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, sin embargo, es lo que ha venido haciendo desde ya lejanas fechas, como lo acredita la norma contenida en el artículo 13 de sus Estatutos de 1981, vigentes a la fecha de autos, que expresamente prohíbe a los abogados la *publicación de anuncios relativos al ejercicio de su profesión* y que, desde la entrada en vigor de la nueva normativa en materia de Colegios Profesionales (Real Decreto-Ley 5/1996 y Ley 7/1997), no cabe argüir que tenga amparo legal alguno.

6. El cuerpo normativo especializado del ICAM para esta materia, que es el Código Regulador de la Publicidad, en todas sus versiones menos la última, tampoco es respetuoso con la función que la publicidad cumple en el mercado y ha tratado de condicionarla e incluso a prohibirla a los abogados de Madrid en una materia tan sensible como son los precios de sus servicios (los honorarios), como claramente se deduce de los hechos antes recogidos como probados. Es verdad que esta situación ya ha sido corregida en el Código Regulador de la Publicidad de 10 de febrero de 2000, que entró en vigor el 1 de abril de 2000, el cual contiene unas normas de publicidad que modifican sustancialmente las anteriores, ya desde su Norma Primera donde se establece que *los abogados podrán realizar libremente publicidad de sus servicios, dentro de los límites de la deontología profesional y de la normativa vigente sobre publicidad y competencia desleal*.

7. Mas no cabe desconocer que, apenas tres meses antes de que el ICAM modificase el tratamiento que a la publicidad daba su Código Regulador, el 18 de enero de 2000 (y no el 18 de enero de 2001, como erróneamente sostiene con tenacidad el ICAM en su escrito de Conclusiones) el Tribunal de Defensa de la Competencia había dictado Resolución en el expte. 455/99, en la que declaraba acreditada la comisión por el Consejo General de la Abogacía Española de una conducta prohibida por el art. 1 LDC

consistente en haber aprobado el 19 de diciembre de 1997 un Reglamento de Publicidad limitativo y proscriptor de la publicidad de los abogados españoles, por lo que el citado Consejo fue intimidado y multado. Dos meses y medio después de la mencionada Resolución sancionadora del Tribunal, el ICAM toma nota y cambia su propio Código.

8. Del ICAM, sin embargo, cabría esperar mayor diligencia en el cambio, pues el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid no podía ignorar el Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, y posterior Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y Colegios Profesionales, que lo incorpora, y cuyo art. 5.2 modificaba la Ley 2/1974, de Colegios Profesionales, particularmente su art. 2.1 que pasó a decir lo siguiente: *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 de Defensa de la Competencia y a la Ley de Competencia Desleal*. También se añadía un apartado 4 al art. 2 de la Ley 2/1974 del siguiente tenor literal: *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*.

9. La Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en su artículo 1, prohíbe expresamente, entre otras, toda decisión colectiva 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. Después del Real Decreto-Ley 5/1996 y de la confirmatoria Ley 7/1997, no podía haber ninguna duda al ICAM de que su normativa de publicidad (una decisión colectiva) restringía y falseaba la competencia en el mercado de servicios de abogacía de Madrid y que, por lo mismo, transgredía el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Su normativa de publicidad transgredía la LDC y tenía que cambiarla, aunque no hubiera sido aún sancionado por similar motivo el Consejo General de la Abogacía, en cuya normativa de publicidad declara inspirarse el ICAM.

10. El ICAM alega ante el Tribunal que su Código de Publicidad de 22 de enero de 1998, vigente en la fecha de autos, estaba revestido de una incuestionable apariencia de legalidad porque se basaba en el Reglamento de Publicidad de la Abogacía Española de 19 de diciembre de 1997 y, respecto de éste, el Tribunal aún no había dictado su Resolución de 18 de enero de 2000 en la que lo declaraba contrario al art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Esta alegación la hace el ICAM con la pretensión de que, si el Tribunal no atiende su petición principal para que sea declarado compatible con la LDC el Código Regulador de la Publicidad de 22 de enero de 1998, al menos, subsidiariamente, declare que no ha existido culpabilidad en su aprobación y, consecuentemente, no se le multe. El Tribunal ha de rechazar esta alegación por los razonamientos ya expuestos. Es más, habría tenido que ser tan claro para el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid que sus propias normas de publicidad y las del Consejo General contravenían el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia que debería haber cambiado las propias y hubiera sido leal con el Consejo General, del que forma parte, que le hubiera advertido sobre la necesidad de cambiar las suyas. En definitiva, el Tribunal estima que, al menos, negligencia hubo por parte del ICAM al proceder como lo hizo.

11. El Tribunal ha de responder a las manifestaciones del ICAM acerca del papel que la Ley reconoce a los Colegios Profesionales al asignarles la misión de velar por la deontología profesional, en este caso al ICAM respecto de los abogados de Madrid. El Tribunal reconoce esta misión y no tiene nada que decir al respecto, salvo que la misma no puede servir de pretexto para impe-



dir que, como el legislador ha querido, los abogados y los demás profesionales desarrollen su ejercicio profesional en régimen de libre competencia y sujetando la oferta de sus servicios a la Ley de Defensa de la Competencia. Velar por la deontología es una alta misión que la Ley asigna a los Colegios Profesionales, pero éstos no pueden aprovechar ese importante mandato para restringir la publicidad de servicios y precios.

12. En conclusión, y por lo que respecta al primer cargo que el Servicio imputa al ICAM, que se corresponde con la primera propuesta de su Informe, el Tribunal considera que procede declarar la existencia de conductas prohibidas por el art. 1 LDC consistentes, sucesivamente, en: a) No haber adaptado los Estatutos del ICAM a la nueva normativa en materia de Colegios Profesionales que incorpora la Ley 7/1997. b) Haber mantenido en vigor el Código Regulador de la Publicidad de 1995 con posterioridad a la promulgación de la Ley 7/1997, pese a las restricciones a la publicidad que contiene el mismo. c) Haber aprobado un nuevo Código Regulador de la Publicidad en 1998 cuyo contenido también establece inadmisibles prohibiciones y limitaciones a la publicidad de los servicios profesionales de los abogados.

13. Respecto del segundo cargo (y correlativa segunda propuesta), el Tribunal no considera acreditado, sin embargo, que el ICAM haya trasladado sus normas en materia de publicidad a empresas terceras ajenas a la corporación, ya que se ha limitado a recordar que su Código es aplicable a los abogados que trabajan en dichas empresas.

14. Las sanciones que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Competencia se regulan en la Sección segunda del Capítulo I del Título I de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, que distingue, a los efectos que ahora interesa, entre intimaciones y multas sancionadoras. En cuanto a las intimaciones, el art. 9 LDC establece que quienes realicen conductas prohibidas podrán ser requeridos por el Tribunal de Defensa de la Competencia para que cesen en los mismos y, en su caso, obligados a la remoción de sus efectos.

15. Por lo que se refiere a las multas sancionadoras, el art. 10 LDC determina que el Tribunal podrá imponer a quienes, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7 multas de hasta 150 millones de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal. La cuantía de las sanciones se fijará, según dicho art. 10, atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia. b) La dimensión del mercado afectado. c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente. d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios. e) La duración de la restricción de la competencia. f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

16. También prevé la LDC, en su artículo 11, las multas coercitivas, para que el Tribunal pueda imponerlas, independientemente de las multas sancionadoras, por un importe de 10.000 a 500.000 pesetas diarias, con el fin de obligar a la cesación de una acción que haya sido declarada prohibida, a la remoción de los efectos distorsionadores de la competencia provocados por una infracción y al cumplimiento de lo establecido en el art. 46.5 LDC en materia de publicación de las resoluciones sancionadoras.

17. Teniendo en cuenta todas las circunstancias previstas por la Ley, en el caso presente el Tribunal considera que debe intimar al ICAM para que modifique inmediatamente sus normas de publicidad transgresoras de la LDC e imponerle una multa sancionadora de 20 millones de pesetas.

18. Asimismo considera que procede, para el caso de incumplimiento de lo ordenado en la presente Resolución, imponer al ICAM una multa coercitiva diaria de 50.000 pesetas diarias por cada inobservancia.

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

HA RESUELTO

1. Declarar que el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid ha cometido una infracción del art. 1 LDC, mediante la comisión de las siguientes conductas prohibidas concurrentes en los efectos: a) No haber adaptado sus Estatutos a la nueva normativa en materia de Colegios Profesionales contenida en la Ley 7/1997. b) Haber mantenido en vigor el Código Regulador de la Publicidad de 1995 con posterioridad a la promulgación de la Ley 7/1997, pese a las restricciones a la publicidad que el mismo contiene. c) Haber aprobado un nuevo Código Regulador de la Publicidad en 1998 con prohibiciones y limitaciones a la publicidad de los servicios profesionales de los abogados.

2. Intimar al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid para que, en el plazo de tres meses, modifique las normas de publicidad contenidas en sus Estatutos, adaptándolos a lo prescrito en la Ley 7/1997, y ordenarle que las ponga a disposición del Servicio de Defensa de la Competencia en los 15 días siguientes a la fecha del acuerdo de modificación.

3. Imponer al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid una multa de 20 millones de pesetas (119.997,6 euros).

4. Ordenar al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid el envío, en el plazo de un mes, del texto íntegro de esta Resolución a la totalidad de sus colegiados y la publicación a su costa, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos diarios de información general de la mayor circulación en la Comunidad de Madrid, así como comunicación al Servicio de Defensa de la Competencia del cumplimiento de estas obligaciones dentro de la quincena siguiente a que cada una de ellas haya sido observada.

5. Imponer al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid una multa coercitiva de 50.000 pesetas diarias (300 euros diarios) por cada incumplimiento de los consignados en los puntos 2 y 4 de la parte dispositiva de esta Resolución.

6. Ordenar al Servicio la vigilancia del cumplimiento de lo prescrito en la presente Resolución.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la citada Resolución agota la vía administrativa, pero no es firme por ser susceptible de recurso contencioso-administrativo, el cual podrá interponerse, en su caso, ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución. ■

RESOLUCIÓN (Expte. A 301/01, Franquicia Open English)

■ En Madrid, a 26 de octubre de 2001.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal, TDC), con la composición antedicha y siendo Ponente el Vocal Sr. PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 301/01 (2277/01 del Servicio de Defensa de la Competencia, Servicio), iniciado como consecuencia de la solicitud, por Open English Master Spain S.A., de autorización singular para un modelo de contrato de franquicia.



**SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA**

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 25 de abril de 2001 Open English Master Spain S.A. presenta al Servicio una solicitud de autorización singular, que el 14 de mayo siguiente aporta en versión confidencial, para un modelo de contrato de franquicia por el que se cede licencia de uso de determinados activos comerciales para instalar y explotar un centro de enseñanza presencial no reglada de la lengua inglesa, para personas mayores de 18 años, mediante el «sistema multimedia personalizado», contrato en el que se contemplan diversas obligaciones de la franquiciada con el fin de mantener la imagen corporativa y poder competir con otras cadenas de academias de enseñanza.

2. El 17 de mayo de 2001 el Director del Servicio dicta Providencia en la que acuerda admitir a trámite la solicitud e incoar el oportuno expediente, y designa Instructora y Secretaria de Instrucción.

3. El 15 de junio de 2001, una vez cumplido el trámite de información pública previsto por el art. 38.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), sin comparecencia alguna en el mismo, y el de solicitud del informe previsto en los arts. 38.4 LDC y 5 RD 157/1992, del Consejo de Consumidores y Usuarios, que responde sin oponerse, el Servicio procede a redactar el preceptivo Informe para el Tribunal, que le remite acompañado del expediente.

4. El 18 de junio de 2001 tienen entrada en el Tribunal expediente e informe y, en el mismo día, se dicta Providencia de admisión a trámite del expediente.

5. El Pleno del Tribunal delibera y falla el 17 de octubre de 2001.

6. Es interesada en el expediente Open English Master Spain S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En su escrito de solicitud, la interesada hace sucesivamente las siguientes peticiones:

1.1. Declaración de inaplicabilidad general del Reglamento 4087/88 a partir del 1 de junio de 2000 por haber caducado.

1.2. Declaración de aplicabilidad directa del Reglamento 2790/99 a los contratos de franquicia suscritos entre empresas españolas que afecten únicamente al mercado nacional.

1.3. Declaración de que los contratos con cuota del mercado inferior al 10 por 100 no precisan autorización singular, en cumplimiento de la regla *de minimis* referida en las Directrices sobre restricciones verticales.

1.4. Subsidiariamente, declaración de que todos los contratos de franquicia podrán contener cláusulas de no competencia superiores a 5 años, siempre que no excedan la duración del propio contrato, sin necesidad de autorización singular, conforme a lo establecido en los apartados 32 y 200 de las Directrices.

1.5. Autorización singular para el modelo de contrato de franquicia presentado.

2. La posición del Servicio al respecto es la que seguidamente se resume. En cuanto a las peticiones 1.1 y 1.2, el Servicio considera que no procede satisfacerlas porque, de acuerdo con la doctrina del Tribunal contenida en su Resolución del Expte. A 177/96, *La Casera*, solamente están amparados los contratos que cumplen los requisitos de los reglamentos explícitamente

recogidos en el Real Decreto 157/1992. Por lo que respecta a la petición 1.3, el criterio del Servicio es que no procede atenderla porque la Comunicación *de minimis* sólo es aplicable a las Decisiones de la Comisión y constituye una mera recomendación para las autoridades nacionales cuando resuelven expedientes aplicando el art. 81.1 TCE, y, ni eso, cuando aplican la legislación nacional. Finalmente, sobre la petición 1.4, el Servicio considera que no procede satisfacerla por las razones expuestas en relación con las tres primeras. En definitiva, el criterio general del Servicio, en cuanto a la adecuación a la nueva normativa comunitaria sobre restricciones verticales, es que habrá que estar a las modificaciones que en su día se produzcan en la normativa nacional, dado que es el nacional el ámbito territorial de actuación del contrato.

Tras estas consideraciones, el Servicio pasa a estudiar el clausulado del modelo de contrato de franquicia que se somete a autorización y concluye que el mismo cumple lo dispuesto en el Reglamento CEE nº 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, lo que le hace gozar de la exención por categorías prevista en el art. 1.1.e) del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por lo que dicho modelo de contrato, en su opinión, no requiere autorización singular.

3. El Tribunal estima adecuados los argumentos y la propuesta del Servicio y, en consecuencia, considera procedente declarar: a) Que el modelo de contrato de franquicia que se le somete está amparado por la exención por categorías prevista en el art. 1.1.e) del Real Decreto 157/1992 y, en consecuencia, no requiere autorización singular. b) Que no proceden las declaraciones de carácter general solicitadas.

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

RESUELVE

Primero: Declarar que el modelo de contrato de franquicia para el que Open English Master Spain S.A. ha solicitado autorización singular no la requiere por estar ya autorizado en virtud del art. 1.1.e) del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, al cumplir las disposiciones establecidas en el Reglamento CEE nº 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988.

Segundo: Declarar improcedentes los pronunciamientos de carácter general correspondientes a las cuatro primeras peticiones del escrito de solicitud reflejadas en los fundamentos de derecho 1.1 a 1.4.

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, pero no es firme, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de la presente Resolución. ■

Resolución (Expte. r 467/01 Cajamadrid/Ausbanc)

■ En Madrid, a 21 de noviembre de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D. José Juan Franch Menéu, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 467/01 (2175/00 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), de recurso contra el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de fecha 21 de diciembre de 2000, por el que se archivó la denuncia formulada por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios contra la entidad de crédito Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, por supuestas prácticas



prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 7 de junio de 2000, D. Luis Pineda Salido, en nombre y representación de la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (en adelante, AUSBANC) denunció ante el Servicio a la entidad de crédito Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (en adelante, CAMPM) por infringir la Ley de Defensa de la Competencia. Los hechos que, básicamente, se exponen en la denuncia son los siguientes:

«— Las entidades bancarias, con carácter general, y en concreto la CAMM, subordinan la concesión de los préstamos hipotecarios a la suscripción de una póliza de seguro de vida o amortización de crédito con una entidad aseguradora perteneciente a su mismo grupo empresarial y en la que el beneficiario de dicho seguro es la entidad prestamista, lo que a juicio del denunciante supone infracción del artículo 1.1.e) de la LDC, sobre todo si se tiene en cuenta que dicho seguro de vida no responde a ninguna exigencia legal.

— Con dicha práctica no sólo se priva al usuario de elegir la compañía con la que contratar la póliza del seguro de vida, sino que además la entidad prestamista, la CAMM, cuando se trata de una póliza suscrita con Caja Vida Madrid (CVM), con la que tiene intereses comunes, utiliza en el caso de tener que ejecutar la garantía hipotecaria otras vías distintas de las del reclamo a la compañía de seguros (reclamación a avalistas o herederos), lo que hace el seguro ineficaz para el usuario, colocando además a los operadores económicos que han quedado excluidos del mercado, las otras compañías de seguros, en una situación de desventaja, lo que a juicio del denunciante supone una infracción del artículo 1.1.d) de la LDC».

2. Tras recabar diversa información, con fecha 21 de diciembre de 2000, el Secretario 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 como consecuencia de considerar que, al no observarse indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC, no procedía la incoación de expediente.

Concretamente el Acuerdo señalaba que:

«En primer lugar y por lo que respecta a la aplicación del artículo 1.1. e), éste ha de interpretarse en el sentido de que no está prohibido unir al objeto del contrato del crédito hipotecario aquellas condiciones necesarias o convenientes atendiendo a su naturaleza o usos comerciales, para alcanzar la finalidad perseguida, es decir garantizar el cobro del préstamo concedido en el caso de que el titular del mismo fallezca y nadie asuma sus obligaciones de pago. Por tanto, el contrato de seguro de vida o amortización de crédito, como aval del préstamo hipotecario o personal, sí que guarda relación con el principal, pudiendo calificarse de práctica habitual en el sector, lo cual viene a estar corroborado por la publicación, en el año 1995, de la circular de la Agencia de Protección de Datos sobre medidas para garantizar la intimidad de los datos personales en la contratación de un seguro de vida de forma conjunta con la concesión de un préstamo hipotecario o personal, que el propio denunciante aporta.

Si bien la obligación de suscribir un seguro de vida, tal y como se ha dicho en el párrafo anterior, está justificada en el sentido de que su objeto es saldar el crédito pendiente en caso de fallecimiento del titular, lo que no estaría justificado desde el punto de vista de la LDC es la obligación de contratar dicho seguro con una entidad determinada, en este caso la CVM, ya que el usuario ha de tener libertad para contratar el seguro de vida con la compañía que le ofrezca mejores ventajas.

El denunciante no ha aportado pruebas de que entre la CAMM y la CVM exista una exclusividad en el sentido denunciado, es decir, que la concesión de préstamos (hipotecarios o personales) por la CAMM está vinculada a la suscripción de una póliza de seguro de vida o de amortización de crédito con la CVM, lo que, por el contrario, ha sido desvirtuado por los datos aportados por la propia CAMM, a requerimiento de este Servicio...

De las cifras aportadas se deduce, claramente, la inexistencia de una vinculación entre la concesión de crédito y la aceptación de la suscripción de un contrato de seguro ofrecido por la misma entidad, por lo que no cabe estimar la infracción del artículo 1.1.e) denunciado.

Por último cabe indicar que el artículo 1 de la LDC contempla relaciones interempresariales y no con los usuarios que tienen protección en su legislación específica, la Ley 26/84, de 19 de julio, general de Defensa de Consumidores y Usuarios, (modificada por la Ley 7/98, de 13 de abril) que en su artículo 10.1.c) 31 establece que se reputarán contrarias a la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones “las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen, de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios” y “la obligada adquisición de bienes o mercancías complementarias o accesorios no solicitados” (apartado 12).

En consecuencia, al no observarse indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC, procede archivar la denuncia, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la mencionada Ley».

3. Contra dicho Acuerdo, la denunciante interpuso recurso ante este Tribunal mediante escrito con fecha de entrada 9 de enero de 2001, en el que muestra su disconformidad con el análisis del Servicio y reitera, básicamente, los argumentos esgrimidos en su escrito de denuncia.

4. Mediante escrito de 10 de enero de 2001 el Tribunal, según lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LDC, solicitó al Servicio la remisión del informe sobre el citado recurso, así como las actuaciones seguidas. El Servicio, mediante escrito con fecha de entrada 16 de enero, 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 ya que, entiende que las alegaciones expuestas por la recurrente no desvirtúan las razones que fundamentaron dicho acuerdo. No obstante, precisa algunas cuestiones que, resumidamente, se exponen a continuación:

«1. En contra de lo que manifiesta el recurrente, las conductas que se tipifican en el artículo 1 suponen la existencia de varias empresas o bien de una asociación que englobe en su seno a una multiplicidad de empresas, no siendo por tanto de aplicación a prácticas llevadas a cabo por un solo operador económico.

Con independencia de lo anterior, el Servicio, en el Acuerdo de Archivo recurrido, ha analizado el posible acuerdo entre la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Caja Vida Madrid concluyendo que no hay indicios racionales de conductas prohibidas en los hechos denunciados.

2. El Servicio, a la vista de la denuncia del recurrente, ha llevado a cabo una información reservada, tal y como puede verse en el expediente, en el marco de la cual se ha recabado la información que el Servicio ha considerado suficiente para adoptar, de forma fundada, el acuerdo de archivo recurrido, teniendo en cuenta que el procedimiento de información reservada, tal y como ese Tribunal viene manifestando, constituye un procedimiento sumario e inquisitivo que de ninguna manera puede convertirse en un procedimiento contradictorio».

5. Por Providencia del Tribunal, de 16 de enero de 2001, se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formu-



lasen alegaciones, presentándose escrito de la denunciada, CAMPM, el 5 de febrero de 2001, y también de la recurrente, el 6 de febrero de 2001.

La recurrente señala, entre otras muchas cuestiones de carácter general y resumidamente que:

«Con la denuncia interpuesta por esta parte se pretendía poner en conocimiento de los órganos de defensa de la competencia la existencia de una práctica, realizada con carácter general por las compañías aseguradoras y entidades de crédito con vinculación accionarial/societaria, que ha sido constatada de forma fehaciente (véanse los documentos aportados al escrito de denuncia), respecto a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (en adelante, Caja de Madrid), y que puede afectar a la libre competencia por imposibilitar, por un lado, al consumidor la opción de contratar un seguro con cualquier compañía aseguradora, y por otro lado, por comercializar un seguro de dudosa eficacia, debe ser examinada por los órganos de defensa de la competencia, a quienes compete, desde el pilar de la independencia que su propia naturaleza les confiere, velar por el cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia al objeto de garantizar el orden económico constitucional en el marco de la economía de mercado».

... los datos aportados por la entidad de crédito denunciada, a nuestro juicio, son tan genéricos que se traducen en incompletos, dado que, según el cuadro antedicho, se han reflejado sin más el número de operaciones de préstamos, personales o hipotecarios, suscritos por Caja de Madrid, y el número de pólizas de seguro de amortización suscritas por Caja de Madrid Vida, llegando el Servicio, en base a dichos datos y sin más comprobación, a la definitiva y rotunda conclusión de que no existe vinculación entre la concesión de crédito y la aceptación de la suscripción de un contrato de seguro ofrecido por Caja de Madrid. Tampoco de dicho Cuadro podemos concluir el número de préstamos, ya sea su garantía personal ya sea hipotecaria, que han sido concertados por personas físicas y cuántos por personas jurídicas, siendo las primeras, las físicas, la que, en mayor medida, son objeto de la vinculación crédito/seguro que aquí se denuncia.

... del hecho de que Caja de Madrid no aporte datos sobre seguros concertados con otras compañías distintas de Caja Madrid Vida, se deduce claramente que no existen esas otras compañías, es decir, que los contratos de préstamo concertados por Caja de Madrid no se vinculan a contratos de seguros de cualquier compañía que opere en el mercado, sino sólo y exclusivamente a Caja Madrid Vida.

... «No se han localizado antecedentes relativos a la reclamación a otras compañías aseguradoras de cantidades adeudadas a CAMPM y que pudieran estar cubiertas por un seguro de reembolso». Esta afirmación despeja cualquier género de dudas respecto al hecho de la inexistencia de contratos de seguro de amortización de créditos concedidos por Caja de Madrid con otras compañías. Aseguradoras distintas de Caja Madrid Vida, S.A., y por ende, la inexistencia de libertad del consumidor para contratar un seguro de amortización con cualquier compañía aseguradora que opere en el mercado».

Por su parte, CAMPM alega que:

«El recurso presentado nos sorprende, dicho sea con todo respeto, no ya por su falta de contenido jurídico material suficiente para poder desvirtuar la sólida argumentación jurídica del acuerdo del SDC, sino porque su ligereza es tal que solamente se concibe bajo la única premisa que justifica su interposición, que no es otra que evitar, pura y simplemente, que el acuerdo de archivo del SDC gane firmeza.

... AUSBANC basa el recurso contra el Acuerdo de Archivo es que el SDC ha ignorado que "existen prácticas que llevadas a cabo por un solo operador económico pueden afectar de forma negativa a la competencia».

En efecto, existen prácticas unilaterales que pueden restringir

la competencia: las contempladas en el artículo 6 de LDC, que requieren, para ser perseguibles, que las empresas que actúan unilateralmente se encuentren en posición de dominio o, después de la reforma de introducida por Ley 52/1999, de 28 de diciembre, en situación de dependencia económica.

... CAMPM no tiene una posición de dominio, ni en el mercado bancario ni en el asegurador, con lo que el artículo 6 de la LDC no resulta aplicable.

Si lo que pretende sostener AUSBANC es que el artículo 1 de la LDC resulta aplicable a conductas unilaterales de las empresas, tal afirmación desconoce frontalmente la literalidad del propio artículo 1 que se refiere a «todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela». Tal y como ha señalado el propio TDC reiteradamente, el artículo 1 de la LDC requiere ineludiblemente el concurso de voluntades entre operadores económicos independientes.

Obviamente, tampoco puede concluirse que hay concertación por el mero hecho de que determinadas prácticas se hayan convertido en usuales dentro del tráfico del sector.

No parece necesario ahondar en esta cuestión: es obvio que los usos comerciales en un sector determinado no son una concertación. Menos aún cuando dichos usos consisten en ofrecer junto a la concesión de un préstamo hipotecario la posibilidad de suscribirse a una póliza de seguro de vida o de amortización de crédito perteneciente a una entidad aseguradora del mismo grupo empresarial de la entidad bancaria que concede el préstamo. Tal y como ha observado el propio SDC, la generalidad de dicha práctica se explica por la lógica del sistema: la póliza de seguro sirve como garantía del préstamo y no responde a concertación alguna.

En definitiva, y puesto que la supuesta conducta restrictiva de competencia se le imputa unilateralmente a CAMPM, el artículo 1 no resulta aplicable, siendo este motivo suficiente para el archivo del expediente, tal y como ha señalado el SDC en el Acuerdo de Archivo.

No obstante, no renunciamos a poner de manifiesto nuestra rotunda oposición al resto de las alegaciones que AUSBANC formula en su recurso.

Según parece deducirse del recurso interpuesto por AUSBANC, «afecta de forma negativa a la competencia», el ofrecer un seguro de vida complementario a un préstamo hipotecario. Entiende erróneamente AUSBANC que esta práctica comercial de CAMPM es encuadrable dentro de las conductas tipificadas por los apartados c) y e) del artículo 1 de la LDC.

En primer lugar, por lo que respecta al apartado c) del artículo 1 de la LDC, no se alcanza a comprender qué reparto de mercado pudo existir en ofrecer la posibilidad de suscribir una póliza de seguro de vida a quien solicita un préstamo hipotecario.

En cuanto al apartado e) del artículo 1 de la LDC, para hablar de contratos anudados tienen que concurrir necesariamente dos requisitos:

- Primero, la subordinación de la celebración del contrato a la aceptación de la prestación suplementaria.
- En segundo lugar, la inexistencia de relación de la prestación accesoria con el objeto del contrato principal, ni por su naturaleza ni de acuerdo con los usos del comercio.

Ninguna de las dos circunstancias se dan en el ofrecimiento, por CAMPM, de la posibilidad de suscribir una póliza de seguro de vida o de amortización complementaria de un contrato de préstamo hipotecario.

La suscripción de una póliza de seguro es optativa tal y como se puso de manifiesto por CAMPM al SDC en fase de información reservada. CAMPM sólo ofrece la posibilidad de la contratación de la póliza de seguro de vida o de amortización de crédito con la compañía aseguradora perteneciente a su grupo empresarial, CMV (Caja de Madrid Vida, SA de Seguros y Reaseguros), de forma optativa. De hecho, CAMPM no obliga a suscribir ningún tipo de seguro para la concesión de un préstamo hipotecario o personal.



En segundo lugar, aún en la hipótesis de que se hubiera vinculado el contrato (préstamo hipotecario o personal) a la aceptación de la prestación accesoria (el seguro de vida), ésta sí que guarda relación con el objeto del contrato tanto por su naturaleza como «con arreglo a los usos del sector». Como ha puesto de manifiesto el propio SDC en su Acuerdo de archivo de actuaciones, «el contrato de seguro de vida o amortización de crédito, como aval del préstamo hipotecario o personal, sí que guarda relación con el principal». Por más, es la propia AUSBANC quien reconoce que se trata de una práctica generalizada en el sector.

... Las pruebas aportadas por CAMPM, lejos de ser incompletas, son contundentes y evidencian la carencia de fundamento alguno de la denuncia presentada por AUSBANC.

En efecto, CAMPM ha aportado datos fehacientes del número de pólizas de seguros de vida/amortización de créditos y de créditos personales e hipotecarios, suficientes para demostrar claramente, en palabras del propio SDC, que no existe ninguna relación entre la suscripción de ambos. No podemos sino volver a remitirnos a los datos que enviamos al SDC en fase de información reservada.

En el cuadro incorporado al expediente se aprecia el número de préstamos hipotecarios y personales concedidos por CAMPM durante el ejercicio 1999 y 2000 (en este último caso, los datos se refieren al período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de julio), así como el número de los mismos que llevan aparejados la suscripción de una póliza de seguro de vida o de amortización de préstamos con CMV.

Por lo que respecta al hecho de que esos datos puedan incluir a personas jurídicas, no podemos sino significar que no se nos ha solicitado por el SDC determinación sobre la personalidad de los contratantes, ni tal dato tendría relevancia alguna en orden a determinar si la concesión de un préstamo está vinculada a la suscripción de una póliza. A este respecto hay que tener en cuenta que si la alegación de la denunciante fuese cierta, que no lo es, la misma práctica imaginariamente coactiva se podría imponer respecto de los administradores de las personas jurídicas que en su representación solicitasen los créditos, de los fiduciosarios personales que lo garantizaran, etc., etc. A este punto la denunciante no busca sino intentar desvirtuar una prueba que, por su contundencia, echa por tierra su infundada denuncia, pues de la mera constatación de los porcentajes de pólizas suscritas para el reembolso de préstamos 36 por 100 y 27 por 100, respectivamente, en los años 1999 y 2000, evidencia la absoluta falta de veracidad y rigor en la denuncia.

... la supuesta práctica restrictiva de competencia, no es tal. Baste reiterar que, en la fase de información reservada llevada a cabo por el SDC, quedó suficientemente demostrado que CAMPM no obliga al prestatario de un préstamo, personal o con garantía hipotecaria, a contratar un seguro de vida o de amortización del préstamo, y que no obliga tampoco a suscribir ese contrato de seguro con una entidad aseguradora perteneciente al mismo grupo. En cualquier caso, no se genera por tanto «mercado cautivo» alguno, ni consecuencias negativas para empresas aseguradoras o consumidores, siendo inciertos los hechos denunciados por AUSBANC.

6. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 23 de octubre de 2001.

7. Son interesados:

- Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios.
- Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El presente recurso se ha interpuesto contra el Acuerdo de 21 de diciembre de 2000, del Secretario General de

Política Económica y Defensa de la Competencia, por el que se archivó la denuncia formulada por la hoy recurrente.

Para fundamentar su pretensión, la recurrente, además de reiterar en el recurso los hechos contenidos en su escrito de denuncia, alega los extremos expuestos resumidamente en el AH número 5. El Servicio, por su parte, y la entidad denunciada, CAMPM, tal y como se resumen también en el AH número 5 entienden, por contra, que no existe indicio alguno de infracción de la LDC y, en consecuencia, estiman que debe confirmarse el archivo acordado.

El debate se centra, por tanto, en dilucidar si de los hechos y datos obrantes en el expediente pueden deducirse elementos suficientes que determinen la existencia de una práctica restrictiva de la competencia o de indicios de la misma, para dar lugar a la incoación del procedimiento sancionador.

SEGUNDO: Para resolver este recurso no sería necesario entrar en el análisis del posible acuerdo entre la CAMPM y CVM. El Servicio, así como la denunciante y la denunciada lo han hecho, pero ello no es preciso en este caso. De hecho, el Servicio expresó que se había esforzado en la tarea de analizar el posible acuerdo entre la CAMPM y CVM con independencia de que las conductas que se tipifican en el artículo 1 suponen la existencia de varias empresas o bien de una asociación que englobe en su seno a una multiplicidad de empresas. Ese análisis pormenorizado innecesario, concluyó también para el Servicio en que no había indicios racionales de conductas prohibidas en los hechos denunciados.

Decimos que es superfluo analizar detalladamente el posible acuerdo entre CAMPM y CVM porque la mayor parte del contenido de la denuncia formulada por AUSBANC, que después de una información reservada el Servicio acordó archivar y que dicho Acuerdo se recurrió ante este Tribunal, es confuso y de carácter general tratando de implicar, en un expediente sancionador, a todas las entidades financieras relacionadas con la concesión de préstamos hipotecarios a sus clientes, y ello, en tanto en cuanto la concesión de los préstamos hipotecarios suele ir ligada a la suscripción de una póliza de seguro de vida que en ocasiones (incluso pudiera ser que mayoritariamente) se suscribe con una entidad aseguradora perteneciente al mismo grupo empresarial de la entidad financiera que acepta las condiciones acordadas con el cliente de la relación contractual principal. La denuncia de carácter universal contra las principales entidades financieras se formula de un modo impreciso y sin aportar prueba alguna. Siendo la denuncia de carácter general por posibles acuerdos entre todas las entidades financieras, desde la perspectiva del denunciante, sólo se formule contra la CAMPM. Se acusa a la CAMPM de acuerdo prohibido por el artículo 1 por sus relaciones con CVM y, sin embargo, sólo se denuncia, de nuevo, a aquélla.

Para clarificar estas nociones, que tanto en la denuncia como en el recurso aparecen confusas, y dado que se acusa a la CAMPM de vulnerar el artículo 1 de la LDC, se debe recordar, en primer lugar, algo fundamental y elemental respecto a lo que prohíbe dicho artículo 1. Lo que se prohíbe son acuerdos, decisiones, prácticas concertadas, recomendaciones colectivas que puedan afectar negativamente al desarrollo de la actividad comercial teniendo por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. El doble efecto, actual o potencial, sobre el comercio y la competencia que debe producirse permite establecer si un comportamiento entra o no en el ámbito de la prohibición del artículo 1. No es difícil encontrarse con la interpretación errónea de que todos los acuerdos entre empresas están prohibidos. Sólo los que realmente o potencialmente afectan negativamente al comercio y la competencia lo están. Tal interpretación equivocada haría prácticamente inviable la vida económica. Es prácticamente imposible pensar en empresas o grupos de empresas absolutamente autónomos. Más bien al contrario, es precisamente la tupida y enriquecedora red de relaciones entre empresas la que mediante miles de acuerdos comerciales diarios permite el desarrollo del mercado y de los procesos económicos. Es más, el hecho de que exista un proce-



dimiento para dilucidar y permitir conocer si un acuerdo, que aun prohibido, se puede autorizar, no hace sino corroborar lo anterior al existir un amplio abanico de acuerdos que, si bien prohibidos en principio, pueden ser autorizables bajo ciertas condiciones.

También se debe señalar que la noción de acuerdo y práctica concertada, como muchas otras del derecho de la competencia tienen un cierto grado de vaguedad y cubren una enorme variedad de comportamientos. Pero lo que la doctrina no pone en duda es la necesidad de la existencia de bilateralidad. Es decir, que tiene que haber, al menos, dos sujetos que puedan acordar. Este elemento de bilateralidad o multilateralidad necesario para la existencia de un acuerdo requiere un cierto grado de autonomía o independencia de las partes. Dicha bilateralidad o unilateralidad se debe estudiar muy singularmente, en acuerdos entre matrices y filiales como el que se presenta en este expediente.

En la aplicación de la legislación referente a la defensa de la competencia, surgen a menudo problemas derivados de las relaciones cada vez más complejas entre empresas matrices y filiales o entre empresas pertenecientes, con mayor o menor grado de dependencia, a grupos o conglomerados empresariales, en tanto en cuanto nos encontramos en presencia de múltiples empresas perfectamente identificables y con personalidad jurídica propia. Es este tipo de preguntas el que cabría responder y aclarar en este caso, no porque fuese necesario, sino porque continuamente lo plantea la denunciante, ahora recurrente.

Como no podía ser de otra forma, este Tribunal se ha manifestado en numerosas ocasiones respecto a estas cuestiones. Así, por ejemplo, ya en la Resolución del expediente r 203/97, SEPLA/IBERIA, de 22 de mayo de 1997, haciendo referencia a la jurisprudencia comunitaria, se sostiene que los supuestos acuerdos denunciados entonces de fijación de precios y reparto de mercados entre IBERIA y AVIACO no pueden encuadrarse entre los incursos en las prohibiciones del art. 1 LDC ni en las del entonces art. 85 del Tratado de Roma por no existir independencia en la gestión entre filial y matriz.

Pero es aún más clara y aplicable al presente caso lo que se dice en la Resolución de 12 de mayo de 2000 (Expte. R 408/00, Góndolas, FD n1 2) en cuanto a que la denunciada por presunta conducta contraria al art. 1 LDC tiene vinculación empresarial con otras empresas que operan en el sector. Allí, se dice textualmente: «Ciertamente los términos de la denuncia son confusos en lo que a esta imputación se refiere. Pero los resultados que ha arrojado la investigación son concluyentes, sin embargo. Con independencia de que el Servicio no haya encontrado ni siquiera indicios de un comportamiento concertado entre las empresas denunciadas para vulnerar la Ley, se deduce de la instrucción que, en el ámbito de las empresas denunciadas, hay vinculación de grupo entre varias de ellas, en cuyo caso no cabe la aplicación del art. 1, que lo que prohíbe son determinadas actuaciones concertadas entre empresas independientes.

No debe ignorarse que la vinculación aludida por la denunciante es la propia del grupo empresarial, término con el que se significa un conjunto de empresas controladas por una de ellas o por un solo inversor o un grupo de inversores. Las sociedades mercantiles que forman un grupo empresarial son jurídicamente independientes, pero ajustan sus actuaciones a las normas emanadas de una dirección común, siendo la unidad de dirección el rasgo definidor básico del grupo de sociedades o empresas. Por ello, el elemento fundamental para determinar si, entre dos empresas de un mismo grupo, en el que una es matriz y otra filial, se está en presencia de acuerdos o prácticas concertadas de las prohibidas en el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia es la existencia de autonomía real de comportamiento de la filial respecto de la matriz. No ha resultado acreditado en el expediente que las empresas denunciadas pertenecientes al mismo grupo tengan autonomía real de decisión y, más bien, la apariencia es de todo lo contrario, es decir, que hay unidad de dirección dentro del grupo, por lo que no cabe imputar transgresión del art. 1 LDC.»

TERCERO: Respecto a la posibilidad de incurrir en una conducta abusiva por parte de la CAMPM por exigir a sus clientes (cosa tampoco demostrada y que ni siquiera se cuestiona explícitamente por la denunciante) la contratación de la prestación secundaria (la póliza del seguro de vida) con una entidad aseguradora de su mismo grupo empresarial, se debe tener en cuenta que ello sólo estaría prohibido por la LDC si tal comportamiento se realizase desde una posición dominante y por lo tanto en el ámbito de aplicación del artículo 6. Habría entonces que definir el mercado y demostrar la existencia de una posición de dominio por parte de CAMPM en los mercados relevantes considerados. A este respecto, el Tribunal, en varios expedientes de concentración de empresas del sector financiero (C51/00 (Cajas Navarras), C47/99 (Banco Bilbao Vizcaya/Argentaria), C43/99 (Caixa Vigo, Caixa Ourense y Caixa de Pontevedra) y expediente C39/99 (Banco Santander y Banco Central Hispano), se ha manifestado de la siguiente forma:

«La determinación del mercado de referencia para evaluar el fondo de un asunto de competencia se establece mediante la articulación de los análisis del mercado de producto y del mercado geográfico. En todo caso, la definición del mercado de referencia se centra, fundamentalmente, en el análisis de la sustitución y otras características de la demanda que constituye el elemento de mayor importancia que afecta al comportamiento competitivo de una empresa, si bien se tienen en cuenta también otros elementos que le afectan y que están relacionados con la oferta y la competencia potencial.(...)»

«El negocio principal de las entidades que se fusionan lo constituyen las actividades propias de las entidades de crédito, esto es: la intermediación financiera, la captación de fondos del público y su puesta a disposición de terceros, y la prestación de servicios financieros de todo tipo.»

«En España, de acuerdo con la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria, las entidades de crédito que pueden realizar las actividades señaladas se clasifican en tres grupos: el sistema bancario, el ICO, y los establecimientos financieros de crédito.»

«De estos tres grupos, el sistema bancario, integrado por la banca privada y la banca pública, las cajas de ahorro y las cooperativas de crédito, es el que tiene la mayor importancia relativa proporcionando más del 90 por 100 de la financiación a los sectores privado, público y exterior. Asimismo, el sistema bancario capta más del 95 por 100 de los recursos del sector privado y del sector exterior y alrededor del 80 por 100 de los procedentes del sector público.»

«Dentro del sistema bancario destaca la importancia relativa de la banca privada que constituye, asimismo, el principal elemento de financiación y captación de recursos del sistema financiero español. El balance de la banca privada supone alrededor del 58 por 100 del balance total del sistema bancario. Por otro lado, la banca obtiene alrededor del 38 por 100 de sus recursos de depósitos de clientes privados y destina aproximadamente el 35 por 100 de esos recursos a la concesión de créditos a su clientela privada.(...)»

«Actualmente existen en España 148 bancos, 51 cajas de ahorro y 97 cooperativas de crédito, que cuentan con una red de más de 38.000 oficinas, que ofrecen la práctica totalidad de los servicios y productos bancarios. Los bancos, las cajas y las cooperativas, de hecho y de derecho, realizan prácticamente las mismas operaciones y prestan los mismos servicios.»

Respecto a la banca minorista se dice que: «La oferta minorista se caracteriza por estar altamente diversificada, compitiendo en el mercado español un gran número de bancos y cajas de ahorro, como antes se ha indicado. El proceso de desregulación y liberalización de las entidades de crédito en España de los últimos veinte años ha conllevado un importante aumento de la competencia, facilitado por la eliminación paulatina de los circuitos privilegiados de inversión, la equiparación entre bancos comerciales y cajas de ahorro, la libertad de entrada de la banca



SECCION
JURIDICO-
ECONOMICA

extranjera y la progresiva liberalización de los tipos de interés. Ello ha provocado una reducción de los márgenes de intermediación y el desarrollo de nuevos productos para la captación de clientes, así como un aumento de los ingresos en concepto de comisiones que ha contribuido a alcanzar una asignación más precisa a cada servicio del coste de su prestación.»

Por otra parte, respecto a las barreras de entrada se decía: «la impugnabilidad o contestabilidad es, como ya ha tenido ocasión de señalar este Tribunal, una cualidad del mercado que hace referencia a la facilidad de entrada y salida del mismo. Así, se dice de un mercado que es perfectamente impugnabile cuando reúne las condiciones siguientes: a) no existen barreras de entrada ni barreras de salida; b) todas las empresas tienen acceso a la misma tecnología de producción, tanto las empresas implantadas como las potenciales entrantes; c) la información sobre precios es completa y está disponible para todos los consumidores y todas las empresas, y d) se puede entrar en el mercado y salir de éste antes de que las otras empresas puedan ajustar sus precios. La impugnabilidad de un mercado sería mayor o menor según sean más o menos próximas a las citadas condiciones ideales, las condiciones reales respectivas que se den en el mismo.

Con carácter general, en el sector de las actividades propias de las entidades de crédito se cumplen suficientemente las condiciones b) y c). Debido a las características de estas actividades, no existe una tecnología de producción especial ni tampoco hay costes considerables asociados a la obtención de materias primas, bienes intermedios o desarrollo tecnológico. (j) Por otro lado, existe un grado elevado de transparencia en la formación de precios y el conocimiento de los mismos para los agentes no conlleva costes o éstos son bajos.»

CUARTO: Además, si hiciese falta considerar el posible acuerdo entre la CAMPM y CVM, se debería estudiar también la posición de CVM en dicho mercado. En este sentido, en las concentraciones antes citadas, respecto al Sector de Seguros, tras un análisis concreto, se decía por ejemplo que: «Del Grupo Santander dependen Santander Seguros y Reaseguros (con una participación directa del 100 por 100), Seguros Génesis y Génesis Seguros Generales (con una participación indirecta del 50 por 100). Por su parte, el Grupo Central Hispano tiene una participación indirecta del 51 por 100 en BCH Vida S.A. de Seguros y Reaseguros, y del 13,22 por 100 en el Banco Vitalicio.

Dadas las características de este sector que es libre, muy competitivo y con una fuerte dispersión de la oferta, no parece que la fusión pueda tener repercusiones relevantes sobre la competencia.»

Y también en la otra gran concentración bancaria en España se decía: «La fusión del BBV y Argentaria ha unido la participación del 100 por 100 del primero en Euroseguros S.A. con la del 99,5 por 100 de Argentaria en Argentaria Vida y Pensiones S.A., con el resultado de una cuota de mercado de la nueva entidad del 5,8 por 100 en 1999. Ello la sitúa en el cuarto puesto, por volumen de negocio, de las agencias que participan en este mercado, detrás de las principales aseguradoras Mapfre, Generali y Allianz.»

«En sectores como el de seguros y la promoción inmobiliaria, la atomización de la oferta y las reducidas barreras de entrada minimizan los posibles efectos contrarios a la competencia que podrían tener las cuotas de mercado de la nueva entidad bancaria en estos mercados.»

QUINTO: De todo cuanto acaba de exponerse se deduce, sin dificultad, que son ajustados los argumentos contenidos en el Acuerdo recurrido acerca de la inexistencia de indicio alguno de infracción de la LDC por parte de la denunciada. En consecuencia, el Servicio acordó el archivo de las actuaciones al entender, acertadamente, la inexistencia de indicios racionales de realizarse prácticas contrarias a la normativa de defensa de la competencia. Además, ha de indicarse que en el procedimiento sancionador se exige como presupuesto objetivo inexcusable el encuadre del hecho inculcado en el tipo predeterminado legalmente, estando

terminantemente prohibido resolver la responsabilidad de una infracción administrativa por meras presunciones o conjeturas.

De lo anteriormente expresado, se desprende la necesidad de confirmar el Acuerdo impugnado, ya que no existen indicios racionales bastantes que permitan sostener que la denunciada haya cometido ninguna infracción tipificada en la Ley 16/1989, de la Ley de Defensa de la Competencia, procediendo, por tanto, la desestimación del recurso.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal, por mayoría, con el voto en contra de los Vocales D. Antonio Castañeda Boniche, D. Miguel Comenge Puig y D. Luis Martínez Arévalo

RESUELVE

UNICO. Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios contra el Acuerdo de archivo, de 21 de diciembre de 2000, del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, que confirmamos en todas sus partes.

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, pues pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución. ■

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULAN LOS SEÑORES CASTAÑEDA, COMENGE Y MARTÍNEZ ARÉVALO A LA RESOLUCIÓN DEL EXPTE. R467/01, CAJA MADRID/AUSBANC

Lamentamos discrepar de la mayoría por creer que, tanto en la denuncia como en la información reservada del Servicio, aparecen indicios de infracción que deberían haber llevado a la incoación de expediente, sin que parezcan suficientes las razones del Servicio para archivar las actuaciones ni las del fallo del Tribunal para desestimar el recurso del denunciante.

1. En cuanto a la posible infracción del art. 1

a) La opinión mayoritaria considera, en primer lugar, que, al pertenecer Caja Madrid y CVM al mismo grupo económico, y al faltar el elemento de bilateralidad (FD 2º4), sus relaciones quedan al margen del derecho de la competencia. No obstante, como la propia opinión mayoritaria reconoce, ese planteamiento debe ser matizado. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el asunto 66/86 Ahmed Saeed Flugreisen contra Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs, señaló: «El artículo 85 del Tratado no se aplica cuando las prácticas concertadas las lleven a cabo empresas que pertenezcan a un mismo grupo en concepto de sociedad matriz y de filial, y dichas empresas constituyan una unidad económica en cuyo interior la filial no disfrute de verdadera autonomía para determinar su línea de acción en el mercado». Ese razonamiento sienta claramente, y a sensu contrario, las condiciones en que puede considerarse que existen acuerdos en el seno de un grupo de empresas, que se dan cuando esas empresas sí disfrutan de verdadera autonomía.

En el mismo sentido, la Resolución del Tribunal, de 22 de mayo de 1997, al Expte. r 203/97, SEPLA/IBERIA, en su FD 3 señala: «En lo relativo a la denuncia formulada contra IBERIA por presuntas prácticas contrarias al art. 1 LDC, este Tribunal quiere manifestar que el elemento fundamental para determinar si, entre dos empresas de un mismo grupo en el que una es matriz y otra filial, se está en presencia de acuerdos o prácticas concertadas de las prohibidas en el art. 1 LDC es la existencia de autonomía real de comportamiento de la filial respecto a la matriz».



En el caso que se dilucida en el presente expediente, y dada la separación de actividades de banca y seguros que impone la normativa legal —Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito— resulta aventurado afirmar, sin mayores averiguaciones, que las dos empresas pertenecientes al grupo Caja Madrid, *no disfrutaban de verdadera autonomía para fijar su línea de mercado* y que, por tanto, no existe el elemento de bilateralidad necesario para la aplicación del art. 1.

b) La opinión mayoritaria estima, además, que no han existido auténticos acuerdos. A esta consideración debe oponerse el hecho de que, para poder ofrecer de forma conjunta los productos de crédito y de seguro a los que alude el expediente, resulta necesario que Caja Madrid y CVM acuerden un mínimo de organización común que, ya de por sí, merece el calificativo de acuerdo. Sin embargo, y con mayor importancia, debe ponerse de relieve que el concepto de acuerdo ha sido objeto de una interpretación muy amplia por parte de las instancias europeas, considerándose que existe tal acuerdo cuando ha habido suficiente concordancia de voluntades entre las partes para poner en práctica algún tipo de acción común. Incluso en una sentencia restrictiva en lo relativo al concepto de acuerdo, como es la Sentencia del Tribunal Europeo de Primera Instancia, de 26 de octubre de 2000, al caso T-41/96, Bayer contra Comisión, se acepta esa noción de acuerdo al señalar en su párrafo 69: *«El concepto de acuerdo con el contexto del art. 85 (1) del Tratado, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia, se centra en la existencia de una concordancia de voluntades entre dos partes; la forma de manifestación de esa concordancia carece de importancia siempre y cuando esa forma constituya una expresión adecuada de la voluntad de las partes»* (traducción no oficial). En nuestra opinión, en el caso que se dilucida, la concordancia de voluntades entre ambas entidades que se ha puesto de manifiesto con su actuación es suficiente para ser incluida en el concepto de *acuerdo*.

c) Finalmente, la opinión mayoritaria discute la aptitud del acuerdo para afectar a la competencia. Para los Vocales que suscriben, caso de haberse producido el acuerdo en las condiciones que alega el recurrente, sus efectos sobre la competencia serían dignos de ser investigados, ya que un acuerdo en virtud del cual se obliga a los suscriptores de hipotecas con Caja Madrid a suscribir una póliza de seguros con CVM restringe la posibilidad de los clientes del banco de suscribir esa hipoteca con otra entidad y limita las posibilidades de otras empresas para realizar negocio en ese mercado, el de los seguros, conceptualmente diferente del de la hipoteca. Podría alegarse que un oferente que no ostente posición de dominio es libre de ofrecer sus productos en las condiciones que desee y de agrupar productos de la forma que estime conveniente ya que, de resultar esa oferta agrupada poco atractiva para el consumidor, éste siempre dispondría de libertad para concertar el servicio con otro oferente. Sin embargo, es aquí donde entra en juego la segunda peculiaridad del producto que ofrece Caja Madrid. Según el recurrente, el carácter sorpresivo de la agrupación de productos que sólo se pone en conocimiento del suscriptor de la hipoteca cuando éste, tras una serie considerable de trámites, se dispone a firmar el contrato crediticio. De ser cierta esa alegación, la conducta de Caja Madrid podría incorporar elementos contrarios a la LDC.

Sin embargo, como reconoce la opinión mayoritaria, esas alegaciones fácticas del recurrente no han sido suficientemente investigadas a lo largo del expediente, de tal forma que no puede emitirse juicio sobre los problemas que se señalan en el punto 1.c) de este voto; tampoco han sido investigadas las relaciones de dependencia o independencia de comportamiento entre Caja

Madrid y CVM, que son relevantes a las consideraciones que se hacen en el punto a).

2. En cuanto a la generalidad de la práctica denunciada.

Aunque la denuncia se limitaba a aportar datos sobre una sola institución financiera, señalaba que la conducta denunciada (condicionar el crédito hipotecario a la contratación de un seguro de vida con una empresa aseguradora estrechamente ligada a la entidad prestataria) era de práctica generalizada en el mercado de créditos hipotecarios. Esta generalidad de la conducta parece confirmarse cuando el Servicio afirma en el Acuerdo de archivo que se trata de una *«práctica habitual en el sector»* y cuando el denunciado, en sus alegaciones ante el Tribunal, señala que es un *uso del comercio*. Cita el Servicio, además, el R.D. Ley 6/2000, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, en cuyo artículo 40 se establece el derecho del prestatario a designar la entidad aseguradora que, en su caso, cubra las exigencias del prestamista, lo que parece también indicar la generalización de la práctica denunciada.

Si el Servicio admitía la generalidad de la vinculación del crédito hipotecario a la contratación de un seguro de vida, creemos que debería haber investigado la parte de la denuncia que ni se cita ni se refuta en la Resolución de la que disintimos. ¿Resulta necesario que los tomadores de un crédito hipotecario contraten, además, un seguro de vida designando como beneficiaria a la propia entidad financiera? ¿No constituye suficiente garantía el título ejecutivo que adquiere el prestamista sobre la propiedad inmobiliaria a la que se destina el crédito hipotecario? ¿Cuál es la frecuencia de la práctica consistente en que las entidades financieras, en el caso de fallecimiento del tomador del crédito, no hagan uso de esta garantía adicional, prefiriendo actuar contra herederos o avalistas?

Investigar estas cuestiones hubiera sido imprescindible ya que, si la vinculación del crédito al seguro se revela superflua e innecesaria y si es practicada con la generalidad que señalan Servicio, denunciante y denunciado, podría existir una práctica concertada entre las entidades financieras o una conducta conscientemente paralela prohibida por el artículo 1 LDC. No sería, en principio, sostenible en un mercado en libre competencia que las empresas impusieran simultáneamente una misma carga innecesaria a sus clientes, ya que la no imposición de tal carga supondría una ventaja competitiva que, sin concertación, utilizarían y pregonarían algunos de los competidores para obtener mayor cuota de mercado. En un régimen de competencia no falseada la carga innecesaria terminaría desapareciendo precisamente por la fuerza de la acción competitiva.

3. En cuanto a la posible infracción del art. 7.

Creemos que también debió analizarse por el Servicio y por el Tribunal si los hechos denunciados, a la vista de las mencionadas cuestiones que se suscitan, suponen alguna transgresión del art. 7 LDC, como sería el caso si se llegara a falsear el funcionamiento competitivo del mercado.

En efecto, teniendo en cuenta que dicho artículo dispone que el Tribunal conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que distorsionen gravemente la libre competencia y afecten al interés público, la aplicación del precepto, una vez fijados los hechos, exige decidir si constituyen una forma de competencia desleal, es decir, si son subsumibles en alguno de los tipos que contiene la Ley de Competencia Desleal (LCD), la cual agota las posibilidades de conductas desleales; y, además, exige también decidir si la conducta desleal produce unos efectos gravemente perturbadores del funcionamiento del mercado. ■

