

AC 2002\1902

Resolución Tribunal de Defensa de la Competencia , de 21 octubre 2002

Jurisdicción: Vía administrativa

Recurso contra actos del SDC.

Ponente: Excmo. Sr. D. Comenge Puig.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA: PROCEDIMIENTO ANTE EL TDC: recursos contra resoluciones dictadas por el SDC: actos de archivo: inadmisión: la aceptación de la oferta de la asociación para asesorar a las empresas en materia de seguridad no puede ser interpretada como una forma de concertación ilícita; ausencia de abuso de la posición de dominio: no definición del mercado; inexistencia de competencia desleal: falta de interés público.

*El TDC **resuelve** desestimar el recurso interpuesto por la entidad «ADR Clase 2, SL» contra el Acuerdo del 19-07-2001 dictado por el secretario general de Política Económica y Defensa de la Competencia que archivaba las actuaciones.*

Texto:

En Madrid, a 21 de octubre de 2002

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en este expediente, de recurso interpuesto por Consejeros ADR Clase 2, SL, contra el Acuerdo de 19 de julio de 2001 del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia que archivaba las actuaciones (núm. 2278/2001) seguidas por la denuncia del recurrente contra la Asociación Española de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo, su Presidente don Rafael R. V., y su Consejero de Seguridad don Alvaro S. S., de León por presuntas conductas prohibidas por los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (RCL 1989\1591), de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en ofrecer a los miembros de la Asociación servicios en materia de seguridad en el transporte de gases licuados del petróleo a precios por debajo de coste, consiguiendo la adhesión a dichos servicios de más de 400 empresas y prestando los mismos sin cumplir las normas vigentes en materia de seguridad, restringiendo el acceso al mercado de los titulados como consejeros de seguridad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO 1. El 9 de mayo de 2001 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio, SDC) escrito de Consejeros ADR Clase 2, SL, en el que denunciaba a la Asociación Española de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo, su Presidente don Rafael R. V., y su Consejero de Seguridad don Alvaro S. S., de León por presuntas conductas prohibidas por los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (RCL 1989\1591), de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en ofrecer a los miembros de la Asociación servicios en materia de seguridad en el transporte de gases licuados del petróleo a precios por debajo de coste, consiguiendo la adhesión a dichos servicios de más de 400 empresas y prestando los mismos sin cumplir las normas vigentes en materia de seguridad en el transporte de mercancías peligrosas, restringiendo el acceso al mercado de los titulados como consejeros de seguridad.

SEGUNDO 2. El 19 de julio de 2001 el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia dictó Acuerdo archivando las actuaciones.

TERCERO 3. El 3 de agosto de 2001 se recibió en el Tribunal recurso de Consejeros ADR Clase 2, SL, contra el Acuerdo de archivo. El Tribunal solicitó, en cumplimiento del artículo 48.1 LDC (RCL 1989\1591), el informe del Servicio sobre el recurso y el expediente correspondiente, recibiendo dicha documentación el 7 de septiembre de 2001.

CUARTO 4. El Tribunal, mediante Providencia de 12 de septiembre de 2001 puso de manifiesto el expediente al interesado, concediéndole plazo para la formulación de alegaciones.

QUINTO 5. El 5 de octubre de 2001 se recibieron las alegaciones de Consejeros ADR Clase 2, SL.

SEXTO 6. El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria de 25 de septiembre de 2002, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.

SEPTIMO 7. Es interesado:

Consejeros ADR Clase 2, SL,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO 1. Dispone el artículo 36.1 LDC (RCL 1989\1591) que el Servicio incoará expediente cuando observe indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC. Por tanto, en los recursos contra el archivo de actuaciones, realizado por el Servicio al amparo del artículo 36.3 LDC por apreciar que no existen tales indicios, el Tribunal ha de limitarse a decidir si los datos disponibles en la denuncia bastan para poder afirmar que no existen indicios racionales de tales conductas prohibidas.

SEGUNDO 2. En la denuncia de Consejeros ADR Clase 2, SL, se expone que la Asociación ha ofertado a sus asociados los servicios y funciones que el RD 1566/1999 (RCL 1999\2640), sobre los consejeros de seguridad para el transporte de mercancías peligrosas (que incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva 96/35/CE, del Consejo), atribuye al Consejero de Seguridad que cada empresa debe tener o contratar. Por cada cien mil botellas vendidas cobran 5.000 ptas. por expedición del informe anual preceptivo y 5.000 ptas. por los demás servicios de asesoría y funciones en materia de seguridad.

Adjunta documento de la Asociación en el que señala que se han adherido 400 distribuidores bajo la titulación de consejero de seguridad obtenida por el abogado de la Asociación, que cubre así la obligación de que cada empresa tenga su propio consejero de seguridad. Añade que «las revisiones obligatorias que tampoco se están haciendo en virtud de la permisividad que exige la escasez de títulos actualmente».

El denunciante aporta la respuesta del Jefe del Servicio de Mercancías Peligrosas y Perecederas del Ministerio de Fomento a su consulta sobre las condiciones en que los consejeros de seguridad deben realizar las funciones que el RD 1566/1999 establece, respuesta en la que se señala que los consejeros de seguridad deben personarse en las instalaciones de las empresas ya que, si no controlan «in situ», su labor sería un mero instrumento administrativo sin conseguir el aumento de la seguridad que el mencionado RD se propone.

Para el denunciante las 5.000 ptas. no cubrirían ni siquiera el desplazamiento del consejero, ya que las 400 empresas están dispersas por toda la geografía nacional. Denuncia, en definitiva, que la Asociación no realiza las inspecciones que dispone el RD 1566/1999, falsea informes y los cobra a precios irrisorios, restringiendo la libre competencia al impedir la acción de los consejeros de seguridad titulados.

Según el denunciante, que declara ser consejero de seguridad titulado, la actuación de la Asociación vulnera el artículo 7 LDC (RCL 1989\1591) por falseamiento de la competencia por actos desleales: violación de normas y venta de servicios a coste muy inferior al de mercado, vulnerando también los artículos 1 y 6 LDC ya que la Asociación tiene posición dominante al haber captado con su oferta a más de 400 empresas del total de 850 empresas dedicadas a la carga, descarga y transporte de GLP envasado.

TERCERO 3. El Servicio acordó el archivo de las actuaciones porque, con respecto al artículo 1 LDC (RCL 1989\1591), no razona el denunciante de qué forma puede infringir la conducta de la Asociación; tampoco explica, con respecto al artículo 6 LDC, por qué la oferta de la Asociación de servicios de seguridad constituye un abuso de la supuesta posición dominante en el mercado emergente de tales servicios, ya que los clientes (los Asociados) no han presentado queja alguna; y, por lo que respecta al artículo 7, la supuesta deslealtad se refiere a la violación de unas normas cuya interpretación corresponde al Ministerio de Fomento y, aunque éste decidiera que tal violación se había producido, no hay razones de interés público para reprimir la oferta de la Asociación ni existe perjuicio del interés público en el conflicto que pudiera hacer aplicable el mencionado artículo 7 LDC.

CUARTO 4. En el recurso presentado ante el Tribunal, el recurrente discrepa de la valoración del Servicio al estimar que ha habido infracción del artículo 1 LDC (RCL 1989\1591) puesto que ha existido una práctica concertada que ha producido el efecto de impedir o restringir sustancialmente la competencia en todo el mercado nacional fijando precios muy por debajo del coste de los servicios, infringiendo la norma que obliga a inspecciones «in situ» e impidiendo el acceso al mercado de los 9.000 titulados en materia de seguridad que existían en el año 2000.

Por lo que se refiere al artículo 6 LDC, el recurrente considera que la Asociación tiene posición de dominio por el gran número de empresas que engloba. El abuso se produce al impedir el acceso al mercado a miles de titulados mediante la oferta del servicio a precio por debajo del coste, sin prestar luego tal servicio de la forma que reglamentariamente se establece. El hecho de que los Asociados no se quejen no tiene que ver con el ataque al mercado que se denuncia.

Estima también el recurrente que ha existido competencia desleal tipificada en artículos 15 y 17 b, c de la Ley de Competencia Desleal y que el artículo 7 LDC es aplicable porque el interés público que protege al mercado como institución ha quedado afectado. Aunque la apreciación de la violación de normas corresponda al Ministerio de Fomento, tal violación integra el mecanismo para falsear el mercado, circunstancia que debía haber apreciado el Servicio.

QUINTO 5. En su informe al Tribunal sobre el recurso presentado, el Servicio se ratifica en su acuerdo de archivo señalando que ni el Servicio ni el Tribunal tienen la naturaleza de Tribunales de Justicia ni de veladores de la actividad administrativa de otros Departamentos, sin que en ningún caso quepa decidir en este tipo de procedimiento cuándo, dónde y cómo deben cumplirse las normas en materia de seguridad o, incluso, si éstas se han cumplido o

no, por lo que las actuaciones del Ministerio de Fomento no pueden ser objeto de revisión por los Órganos de Competencia.

Por su parte, el recurrente alega ante el Tribunal que el Servicio no ha desarrollado la más mínima investigación de los elementos esenciales de la denuncia e insiste en todos los extremos de la denuncia, con especial énfasis en que la conducta de la Asociación afecta al interés público.

SEXTO 6. Considera el Tribunal, en consonancia con el Servicio, que la denuncia presentada por Consejeros ADR Clase 2, SL, no permite detectar indicios de infracción de la LDC (RCL 1989\1591), ya que se limita a señalar unos hechos que, en principio, constituyen actos legítimos de la Asociación, sin otro objeto que el apoyo a sus asociados cuando fueron sorprendidos por una nueva norma añadida a la ya pesada regulación existente en el sector de distribución de gases licuados.

Por lo que respecta al artículo 1 LDC, el Tribunal no considera que la aceptación de la oferta de la Asociación para asesorar a las empresas en materia de seguridad pueda ser interpretada como una forma de concertación ilícita.

Con respecto al artículo 6 LDC, no define el denunciante el mercado en el que se produciría el abuso denunciado, ni la posición de dominio que en tal mercado pudiera tener la Asociación ni tampoco la naturaleza del abuso.

Por lo que se refiere al acto desleal que pudiera constituir el cobro de la módica cantidad percibida por la Asociación, no presenta las características que pudieran permitir subsumirlo en el artículo 7 LDC ya que falta por completo el interés público que obligaría a considerarlo como violación de dicho artículo y, por lo que se refiere a la competencia desleal por supuesta violación de normas, coincide el Tribunal con el Servicio en que corresponde al Ministerio de Fomento la vigilancia de su cumplimiento.

Sin embargo, ante el hecho denunciado de que un único titulado como consejero de seguridad pudiera estar atendiendo a más de 400 empresas, con posible infracción del RD 1566/1999 (RCL 1999\2640), considera el Tribunal que debería el Servicio haber trasladado la denuncia a dicho Ministerio. En su defecto, el Tribunal considera procedente realizar dicho traslado junto con esta Resolución.

Por todo ello, procede desestimar el recurso y remitir la denuncia, acompañada de la presente Resolución, al Ministerio de Fomento.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal, con el voto particular discrepante de los Sres. Castañeda, Comenge y Martínez Arévalo,

HA RESUELTO

PRIMERO Desestimar el recurso interpuesto por Consejeros ADR Clase 2, SL, contra el Acuerdo de 19 de julio de 2001 del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia que archivaba las actuaciones seguidas por la denuncia del recurrente contra la Asociación Española de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo, su Presidente don Rafael R. V., y su Consejero de Seguridad don Alvaro S. S., de León.

SEGUNDO Remitir al Ministerio de Fomento la denuncia presentada por Consejeros ADR Clase 2, SL, ante el Servicio, así como la presente Resolución.

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

VOTO PARTICULAR

Que formulan los Vocales Sres. Castañeda Boniche, Comenge Puig y Martínez Arévalo.

Lamentamos discrepar de la mayoría del Tribunal por considerar que la denuncia aportaba indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia que debían haber inducido al Servicio a investigar antes de archivar con los desafortunados argumentos que utiliza tanto en el Acuerdo de archivo como en el Informe sobre el recurso.

Las presuntas infracciones se habrían producido en el mercado de servicios de seguridad en el transporte de gases licuados de petróleo, mercado emergente a partir de la publicación del RD 1566/1999 (RCL 1999\2640), en el que la demanda debería provenir de las empresas distribuidoras y la oferta de las personas en posesión del título de consejero de seguridad.

Por una parte, parece improbable que un solo consejero de seguridad pueda cumplir para 400 empresas las exigentes obligaciones que los artículos 6 y 7 del RD 1566/1999, sobre los consejeros de seguridad para el transporte de mercancías peligrosas, imponen al consejero de seguridad que cada empresa debe designar, según el artículo 1 de dicha disposición. Y parece imposible que pueda hacerlo por 10.000 ptas. al año por cada 100.000 bombonas, sin incurrir en pérdidas cuantiosas, si se tiene en cuenta que las 400 empresas están distribuidas por todo el territorio nacional.

La constatación de si esto constituye o no una violación de la norma es, efectivamente, competencia exclusiva del Ministerio de Fomento, por lo que hubiera sido procedente, en el seno de una información reservada, efectuar la correspondiente consulta, sin que ello supusiera la inadecuada revisión por las Autoridades de Competencia de los actos del Ministerio de Fomento que aduce el Servicio para acordar el archivo.

Precisamente, consta en el expediente la respuesta del Ministerio de Fomento a una consulta del denunciante sobre la necesidad de que las actuaciones del consejero de seguridad se realicen «in situ», circunstancia que parece confirmar la práctica imposibilidad de que el abogado de la Asociación, titulado en seguridad, pudiera sustituir a los 400 consejeros que las empresas deberían haber asignado.

El denunciante sostiene que en el año 2000 había 9.000 consejeros de seguridad titulados, mientras que la Asociación en su circular señala que «las revisiones obligatorias que tampoco se están haciendo en virtud de la permisividad que exige la escasez de títulos actualmente». Teniendo en cuenta que el número de empresas distribuidoras de GLP envasados no llega a mil, hubiera sido esclarecedor conocer la realidad de la oferta en el mercado de servicios de seguridad, distinguiendo entre versiones tan contradictorias sobre el número de titulados en seguridad mediante una sencilla investigación.

La existencia o no de interés público en esta cuestión sólo podría constatarse tras conocer el tipo y la magnitud de la posible distorsión de la competencia y el número de oferentes de servicios que pudieran haberse visto privados de su derecho a competir.

Por ello, creemos que, ante el archivo prematuro del expediente, cuyo único contenido es la denuncia y sus anexos, sin haber realizado investigación alguna y sin datos suficientes para fundamentar la valoración que efectúa el Servicio, el Tribunal debería haber determinado correctamente las consecuencias jurídicas de tal valoración y estimado el recurso.