

RESOLUCIÓN (Expte A 89/94 Plazos Pago Cepco Sercobe)

Pleno:

Excmos. Sres.:

Fernández Ordóñez, Presidente

Alonso Soto, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

de Torres Simó, Vocal

Soriano García, Vocal

Menéndez Rexach, Vocal

Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 15 de febrero de 1995.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Eduardo Menéndez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 89/94 (1119/94 Del Servicio De Defensa de la Competencia) iniciado como consecuencia de la solicitud de la Confederación Española de Fabricantes de Productos de Construcción (CEPCO) y la Asociación Nacional de Fabricantes de Bienes de Equipos (SERCOBE) de autorización singular para reducir progresivamente los plazos de pago en las condiciones de venta de los productos industriales y de servicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 11 de julio de 1994 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia el formulario de solicitud de autorización singular por el que D. Félix Rodríguez Massa, en representación de la Confederación Española de Asociaciones de Fabricantes de Productos de Construcción (CEPCO) y D. Enrique Kaibel Murciano, en representación de la Asociación Nacional de Fabricantes de Bienes de Equipos (SERCOBE) para que en aplicación del art. 4 de la Ley 16/1986, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia se concediera autorización singular para un compromiso marco sobre el plazo de pago no vinculante entre todas las empresas asociadas a la entidad que representaban, con el objeto de reducir progresivamente los plazos de pago en las condiciones de venta de los productos industriales y servicios.
2. Por Providencia de 12 de julio de 1994 el Director General de Defensa de la Competencia acordó incoar expediente y designar instructor para su tramitación, el cual, por resolución de la misma fecha, acordó formular la

nota extracto a efectos del trámite de información pública y solicitar el informe del Consejo de Consumidores y Usuarios, publicándose la primera en el Boletín Oficial del Estado de 21 de julio y contestando el 11 de agosto el Instituto Nacional del Consumo en el sentido de entender que los intereses de los consumidores y usuarios no se veían afectados directamente por la autorización.

3. Con fecha de 17 de agosto de 1994 el Servicio de Defensa de la Competencia emitió un informe en el sentido de que no procedía conceder la autorización singular por no reunir la solicitud los requisitos del art. 3 LDC y, por lo tanto, no sería merecedora de una autorización singular *"puesto que contempla una serie de posibles restricciones a la competencia que podrían permitir a sus participantes eliminarla respecto de una parte sustancial de la fabricación de materiales, productos industriales y servicios para la construcción"*.
4. Por Providencia de 1 de septiembre el Tribunal admitió a trámite el expediente e inició la tramitación contradictoria del mismo en aplicación del art. 10.a) del Real Decreto 157/1992 de 21 de febrero, poniéndolo de manifiesto a los interesados para que pudieran proponer pruebas; dicha prueba consistió en:
 - Traducción al castellano del documento de la Federación de las Industrias Eléctricas y Electrónicas de Francia en el que se inspira directamente la recomendación cuya autorización se pretende.
 - Cuentas auditadas de cinco empresas constructoras (Agromán, Cubiertas, Dragados, Fomento y Huarte) con la información correspondiente a los ejercicios de 1990 a 1993. El conjunto de la facturación de estas empresas representó en 1993 el 83% de las empresas incluidas en el sector constructor por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).
 - Información de las Sociedades cotizadas proporcionada por la CNMV.
 - Informe sobre la situación de pagos de las empresas constructoras a sus suministradores, tomando como base la documentación aportada al Tribunal.
 - Cuentas de las empresas constructoras y de materiales de construcción.

- Copias de contratos.
 - Anteproyecto de recomendación de la Comisión Europea sobre plazos de pago en las transacciones comerciales, fechado en Bruselas el 18 de julio de 1994.
5. Por Auto de 3 de octubre el Tribunal acordó admitir la prueba propuesta y denegar la aplicación provisional de la recomendación voluntaria una vez transcurrido el plazo de tres meses desde su presentación ante el Servicio de Defensa de la Competencia.
6. Practicadas las pruebas dentro del plazo prorrogado a instancia de los solicitantes, por Providencia de 13 de noviembre se acordó poner su resultado de manifiesto a los interesados y al Servicio de Defensa de la Competencia por plazo de 10 días para su valoración, quienes en sendos escritos hicieron las siguientes alegaciones:

a) Por CEPCO y SERCOBE:

1. La tendencia en la Unión Europea es a acortar los plazos: el compromiso sobre plazos de pago se aproxima tímidamente a la normativa que se ha impuesto en Europa.
2. Progresivo incremento en España de la extensión de los plazos de pago de 140 días en 1990, a 193 en 1993. Este hecho se encuentra acreditado por cuentas auditadas de cinco constructoras que demuestran que éstas han retrasado el pago a los proveedores con gravísimos perjuicios para éstos. Además, si en el indicado período el plazo en el que las constructoras han cobrado de sus clientes se ha prolongado en 14 días, el pago a los proveedores se ha prolongado en 53. La comparación con los pagos en el sector industrial es de 57 días el plazo de cobro y 85 días el de pago, de modo que, si los proveedores de los constructores cobraran en las mismas condiciones que el sector industrial, su financiación se vería reducida en 912.000 millones de pesetas.

b) Del Servicio de Defensa de la Competencia.

En la prueba no hay datos para diferenciar si el alargamiento se debe a la ampliación de los plazos pactados o a su incumplimiento. Si se trata de demora, el asunto entraría en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

El proyecto de la recomendación de la Comisión de la Comunidad Europea nº 8 dice en su art. 2.1 que corresponde a los Estados miembros aplicar su derecho de competencia en relación a los códigos de conducta elaborados en el seno de federaciones profesionales o entre distintas federaciones profesionales a fin de definir los plazos de referencia en el sector de que se trate: "al hacer esto deberían tener en cuenta el carácter facultativo de los plazos de pago concertados".

El Tribunal de Defensa de la Competencia nunca ha considerado autorizables acuerdos horizontales de precios y no basta a este respecto el que los acuerdos tengan carácter orientativo.

La fijación del plazo de pago es un elemento más de la negociación comercial. El compromiso contiene acuerdos prohibidos por el art. 1 LDC, especialmente las cláusulas 3, 4, 5, 8 y 9, al indicar pautas de comportamiento comunes para empresas competidoras. De este modo se influye directamente en la fijación de condiciones comerciales, como son el momento inicial del pago, el plazo máximo de entrega del medio de pago, el plazo máximo de pago y la prohibición de alargamiento de los plazos.

En las conclusiones presentadas por los representantes de CEPCO y SERCOBE se contienen resumidamente las siguientes alegaciones:

1. Finalidad del compromiso: no es otra que poner freno a la ilegítima situación creada por las constructoras mediante **"una medida exclusivamente informativa con carácter de recomendación y, en modo alguno, coactiva ni vinculante"**. Las constructoras obligan a los suministradores a soportar unas cargas financieras determinantes de una crisis del sector con riesgo para las empresas y los puestos de trabajo.

Las posibilidades de negociación de los proveedores son limitadas: los plazos impuestos por las constructoras rebasan con creces la ortodoxia mercantil.

Para la elaboración del compromiso se tuvo en cuenta la Ley de Defensa de la Competencia y el documento de la FIEE francesa que está en vigor y no ha sido objetado.

2. Autorización singular: Duda que la recomendación tenga efectos restrictivos de la competencia, ya que cumple todos los requisitos de la autorización y, en concreto,:

- art. 3.1.1 LDC: contribuye al progreso económico de las empresas al reducir sus cargas financieras pues, de otro modo, muchas empresas suministradoras desaparecerían.
- art. 3.1.a) LDC: beneficio de los consumidores pues la supervivencia de las empresas posibilitará una mayor competencia y evitará que al desaparecer muchas se monopolice el mercado.
- art. 3.1.b) LDC: el compromiso no contiene ni impone restricción alguna; es una recomendación no vinculante.
- art. 3.1.c) LDC: no se eliminará la competencia de una parte sustancial del mercado, el compromiso recomienda un plazo de pago máximo con lo que el margen de libertad de las empresas queda respetado; además, el límite máximo es de 90 días naturales sin perjuicio de su adaptación progresiva a los plazos de la Unión Europea.
- art. 3.2.c) LDC: elevación del nivel social de sectores deprimidos. La pervivencia de un mayor número de empresas es de interés público, de modo que la liberación de las cargas financieras representadas por el alargamiento de los pagos producirá una elevación del nivel económico del sector que pasa actualmente por una de sus peores depresiones.

En su reunión del día 24 de enero, el Pleno deliberó sobre el asunto, encargando al Ponente redactar la Resolución, expresando el sentir del Tribunal.

7. Son interesadas CEPCO Y SERCOBE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El objeto de la autorización solicitada por CEPCO y SERCOBE al amparo del art. 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, (LDC), consiste en una recomendación voluntaria sobre plazos de pago dirigida a las más de 14.000 empresas suministradoras de productos o servicios y constituye, según la propia solicitud, una respuesta a la anómala situación provocada por los principales clientes de dichas empresas que dilatan el momento del pago y trasladan al suministrador una carga financiera y un riesgo que no les corresponde asumir; pretende reducir progresivamente los plazos de pago y se basa en una actuación similar de una federación de industrias francesas y de la regulación en la Unión Europea, a la que se trataría de adecuar tal recomendación.

2. Ante todo es preciso poner de manifiesto que, frente a una situación irregular de un grupo de operadores económicos que falsean la competencia en un mercado en perjuicio de los que en él intervienen, no es admisible responder con una actuación paralela, concertada por parte de los que se consideran afectados por aquélla; la LDC prevé los mecanismos adecuados para denunciar tales conductas o prácticas (art. 36 LDC), ya que el correcto funcionamiento del mercado, la defensa de su estructura y el aseguramiento de la existencia en él de un grado de competencia practicable constituye un interés público cuya defensa viene encomendada por la Ley mencionada a unos órganos administrativos (Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia, arts. 31 y 25 LDC), protección que, por tanto, va más allá del puro interés particular de los diferentes sujetos; por lo que el Tribunal no puede compartir la razón de ser del compromiso marco tal y como se expresa en su introducción.
3. Los plazos de pago del precio de los bienes o servicios constituyen uno de los elementos del contrato cuya fijación o determinación queda al arbitrio de las partes, en virtud del principio general de libertad que rige en la materia y que se formula en el art. 1255 del Código civil , que es de aplicación asimismo a la contratación mercantil, como dispone el art. 50 del Código de comercio; las normas civiles o mercantiles no regulan el plazo de pago de la obligación y sí otros aspectos, como las consecuencias del impago o del pago más allá del plazo pactado. Este principio es uno de los pocos rasgos comunes de las legislaciones de los Estados de la Unión Europea y es mencionado y reconocido en los trabajos de la Comisión (por ejemplo: Anteproyecto nº 8 de Recomendación CCE de 19 de julio de 1994, referente a los plazos de pago en las transacciones comerciales; Documento de Trabajo CCE de 1992 sobre plazos de pago en transacciones mercantiles); constituye, además, una manifestación del principio general de libertad como valor superior que inspira la Constitución Española y es un presupuesto necesario para el juego del libre mercado; cualquier intervención de los poderes públicos, tanto en el plano legislativo como en el de la producción de simples actos administrativos, ha de ser sumamente cuidadosa y respetuosa de su contenido. El Tribunal considera, y así lo ha manifestado en un reciente informe, que *"la regulación del comercio, que es indiscutiblemente necesaria en algunos aspectos... debe abstenerse de eliminar innecesariamente la flexibilidad de los comerciantes en la prestación de sus servicios. Limitar el derecho a la fijación de precios, los horarios, las condiciones de financiación (plazos de pago, por ejemplo), no tiene otros efectos que reducir las transacciones y aumentar los precios y la inflación por los costes que ello conlleva"*.

4. La determinación del plazo de pago es un elemento esencial en la fijación del precio. En este sentido, las principales autoridades de defensa de la competencia han reaccionado de forma clara ante los acuerdos cuyo objeto o efecto consiste en la fijación de precios. Así, en el ámbito de la Unión Europea el Tribunal de Justicia ha declarado que *"...la función de la competencia en materia de precios es mantener los precios al nivel más bajo posible y favorecer la circulación de los productos entre los Estados miembros para permitir así un reparto óptimo de las actividades en función de la productividad y de la capacidad de adaptación de las empresas"* y, por ello, consideró contrario a las reglas de competencia del Tratado "que un productor coopere con sus competidores, de cualquier manera que sea, para determinar una línea de acción coordinada relativa a un movimiento de precios y para asegurar el éxito de ello por la eliminación previa de toda incertidumbre en cuanto al comportamiento recíproco relativo a los elementos esenciales de esta acción como las tasas, objeto, fecha y lugar de tales movimientos" (St. 14 de julio de 1972, as. 48/69, ICI/Comisión).

Esta conducta no ha sido tampoco aceptada por el Tribunal Europeo cuando el acuerdo no consiste en una imposición, sino en una simple indicación o recomendación y así ha declarado como incompatibles con el mercado común y contrarios al art. 85.1 TCEE *"... los acuerdos entre empresas que consistan en fijar de forma directa o indirecta los precios ... de venta u otras condiciones de transacción y que si un régimen de precios de venta impuestos es manifiestamente contrario a esta disposición, el régimen de precios indicativos lo es igualmente..."* pues es difícil suponer que *"las cláusulas del acuerdo entre empresas referentes a la determinación de los precios indicativos estarían desprovistas de cualquier alcance útil"* (St. 17 de octubre de 1972, as. 8/72, Vereeniging van Cementhandelaren/Comisión; en sentido similar, st. 29 de octubre de 1980, as. 209 a 215 y 218/78, van Landewyck/Comisión); en fecha más reciente, el Tribunal de Luxemburgo ha considerado prohibida, por ejemplo, la recomendación de una agrupación de aseguradores sobre revisión de primas, por ser contraria a la libre competencia (St. 27 de enero de 1987, as. 45/85, Verband der Sachversicherer/Comisión).

5. En España la LDC considera, en su art. 1, como conducta prohibida, entre otras, la recomendación colectiva que *"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 y, en particular, ... a) la fijación de forma directa o indirecta de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio"*; a los efectos de este artículo, el "compromiso marco" para el que se solicitó autorización constituye una recomendación colectiva, como claramente se deduce de su texto, y la posibilidad de disfrutar de una

autorización singular depende del cumplimiento de los requisitos del art. 3 LDC; pues bien, de la prueba que se ha practicado no se deduce claramente en qué contribuye a mejorar la producción o la comercialización de los bienes y servicios a que se refiere, aunque pudiera aportar una cierta transparencia a un mercado caracterizado por la ausencia de ésta y, desde luego, no hay constancia alguna de que los consumidores vayan a participar de sus ventajas y, como bien dice el Servicio de Defensa de la Competencia en su informe *"... contempla una serie de posibles restricciones a la competencia que podrían permitir a sus participantes eliminarla respecto de una parte sustancial de la fabricación de materiales, productos industriales y/o servicios para la construcción, al estar integradas con las Asociaciones firmantes del Compromiso Marco un número de empresas cuya capacidad representa más del 70% del total nacional"*.

6. Se ha alegado insistentemente por los solicitantes el ejemplo francés y el tratamiento del problema en el ámbito comunitario europeo; respecto a lo primero, es preciso señalar que no son comparables las dos situaciones, pues la legislación francesa de defensa de la competencia (Ordonnance nº 86-1243 du 1^{er} Décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence - Orden sobre libertad de precios y de competencia, modificada por la Ley nº 92-1442 de 31 de diciembre de 1992, relativa a los plazos de pago entre empresas) no contiene autorización alguna de recomendación o acuerdo similar al que se analiza aquí, y sí únicamente la obligación de mencionar en la factura el plazo de pago (art. 2 de la Ley) y las sanciones a su incumplimiento (art. 3 de la Ley) o los plazos de pago máximos para productos alimenticios o similares; en cuanto al tratamiento del problema por la Comunidad, se caracteriza por la enorme cautela de su enfoque, que contempla diversas soluciones, como lo demuestra el hecho de que los estudios realizados, en fase aún preliminar, no desembocasen en una norma de carácter obligatorio para los Estados miembros, sino en una Recomendación aún no adoptada. Ello se debe, sin duda, a la complejidad del problema, a la afectación de la libertad contractual común en la cultura jurídica comunitaria, a la enorme importancia económica del sector y a la presencia de factores como la contratación por el sector público que ha sido objeto de tratamiento jurídico diferente, aunque tiene una notable influencia sobre el sector en su conjunto.
7. El alargamiento de los plazos de pago a los proveedores en los últimos años parece desprenderse de la prueba practicada en el expediente, aunque por la duración del período estudiado no puede afirmarse categóricamente que se trate de una situación consolidada e irreversible; sí es cierto que la tendencia en otros países europeos es similar a la española, aunque con notables diferencias entre ellos. Para adoptar la solución o soluciones

correctas sería preciso estudiar pormenorizadamente las causas de este fenómeno y, si se trata de un incumplimiento de los plazos pactados o de una mayor extensión del plazo contractual, la influencia de la contratación pública, la existencia de acuerdos prohibidos entre los adquirentes principales de los bienes, ya que el remedio podría versar sobre medidas de carácter legislativo, en el caso de la contratación pública, judiciales, en el caso de la demora injustificada del pago, o incoación de expediente sancionador por acuerdos contrarios al art. 1 LDC, entre otras posibilidades que el tratamiento del asunto sugiere; la solución pretendida por los solicitantes, sin embargo, no puede ser aceptada por el Tribunal por todos los motivos que se acaban de exponer.

VISTOS: los artículos citados.

El Tribunal

ACUERDA

Denegar la solicitud de autorización singular presentada por CEPCO y SERCOBE para la recomendación colectiva sobre un compromiso marco de plazos de pago objeto del presente expediente.

Notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra esta Resolución no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de 2 meses contados desde la notificación de la presente Resolución.