

## **RESOLUCIÓN (Expte. 50/93. Pentaservice)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Fernández Ordóñez, Presidente

Alonso Soto, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

de Torres Simó, Vocal

Menéndez Rexach, Vocal

Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 15 de septiembre de 1993.

Visto por el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia el expediente nº 50/93 (950/93 del Servicio de Defensa de la Competencia), instruido a instancia de D. Luis Carreras Fabra y D. Jaime Martín Méndez que formulan solicitud de autorización para un pacto de no competencia entre los solicitantes y la empresa PENTASERVICE S.A., y teniendo en cuenta los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El día 17 de mayo de 1993 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia un escrito de D. Luis Carreras Fabra y D. Jaime Martín Méndez en el que exponían que ambos habían sido accionistas y miembros del Consejo de Administración de PENTASERVICE S.A. hasta su dimisión, dedicándose con posterioridad al mismo tipo de actividad que PENTASERVICE S.A.. Tras un proceso de negociación derivado del cese como consejeros de esta empresa y la cesión de sus acciones, han concertado un convenio en el que se comprometen a no ofrecer directa ni indirectamente ningún tipo de servicio o producto informático a los clientes de PENTASERVICE S.A. enumerados en una lista, durante el plazo de dos años a contrar desde 1 de enero de 1993, so pena de incurrir en indemnizaciones. Si recibieran alguna solicitud de los clientes enunciados, lo comunicarían a PENTASERVICE S.A., que podría permitir la prestación del servicio, en cuyo caso, tendría derecho a una compensación del 5% de la facturación neta efectivamente cobrada.
2. El 21 de mayo se les remitió escrito en el que se requería la cumplimentación del formulario establecido para la solicitud de autorización singular, así como que aportaran el texto íntegro del acuerdo para el que se

solicita autorización con traducción al castellano, requerimiento que les fue reiterado el 23 de junio de 1993.

3. El 8 de julio de 1993 se recibió en el Servicio el formulario de solicitud de autorización establecido por el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, cumplimentado en nombre de D. Luis Carreras Fabra, D. Jaime Martín Méndez y VL SET S.L. y en el que se expone que se ha notificado fehacientemente a PENTASERVICE S.A..
4. El Servicio de Defensa de la Competencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 36 y 38 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y del citado Real Decreto 157/1992, realizó las siguientes actuaciones:
  - incoación del correspondiente expediente y nombramiento de Instructora y Secretaria, mediante Providencia del Director General de Defensa de la Competencia de 9 de julio de 1993
  - publicación, a efectos de información pública, de una nota-extracto de la solicitud, en el Boletín Oficial del Estado nº 175 de 23 de julio de 1993.

Como consecuencia de dicho trámite se ha producido la comparecencia de D<sup>a</sup> María Angeles Puig Escalona, administradora-gerente de GINFO S.L. manifestando su oposición a que se conceda la autorización solicitada

- solicitud de informe al Consejo de Consumidores y Usuarios, según lo establecido en el artículo 38.4 de la Ley 16/1989.

Hasta la fecha no se ha obtenido contestación a dicha solicitud.

5. El Servicio de Defensa de la Competencia, en su preceptivo informe de 9 de agosto de 1993, considera que el pacto de no competencia contenido en el documento transaccional suscrito entre PENTASERVICE S.A. por una parte y los Sres. Carreras Fabra y Martín Méndez y la sociedad VL SET S.L. por la otra no exige autorización del Tribunal de Defensa de la Competencia porque no contiene más restricciones de la competencia que las objetivamente necesarias para la transferencia del fondo de comercio de la sociedad PENTASERVICE S.A. de la que eran directivos y accionistas, ya que tiene una duración de 2 años y se circunscribe a los productos que eran la actividad de PENTASERVICE S.A..

6. Recibido el expediente en el Tribunal, por Providencia de 1 de septiembre de 1993 se admitió a trámite y se nombró Ponente a D<sup>a</sup>. Cristina Alcaide Guindo.
7. El Tribunal, a propuesta de la Ponente, señaló como fecha de deliberación y fallo el 7 de septiembre de 1993.
8. Se consideran interesados en este expediente a los solicitantes de la autorización singular D. Luis Carreras Fabra y D. Jaime Martín Méndez y VL SET S.L. así como a PENTASERVICE S.A..

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. Con carácter previo y por sus consecuencias procesales es necesario plantearse el papel de la compareciente GINFO S.L. y si debe o no ser considerada interesada.

El concepto de interesado se establece en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A los efectos que nos interesan en el presente caso, es necesario establecer si GINFO S.L. se puede encontrar en la situación prevista en su apartado 1.c), es decir, si sus intereses legítimos pueden resultar afectados por la decisión que se adopte en este procedimiento.

El escrito de GINFO S.L. fue remitido por correo certificado y lleva fecha de correos de 20 de julio, anterior a la publicación de la nota-extracto en el BOE, luego GINFO S.L. no ha tenido conocimiento del pacto de no competencia por la publicación de dicho Aviso; cuenta con información que en principio podría hacer suponer que resulta afectada por el pacto notificado para su autorización.

GINFO S.L. ni solicita ni aduce motivo alguno por el que deba ser considerada interesada en el expediente, no alega que el pacto de no competencia pueda afectarle directa ni indirectamente y ello no resulta probable puesto que no es ni proveedora ni cliente de ninguno de los participantes en el pacto sino, tal vez, competidora.

GINFO S.L. parte de una situación de hecho radicalmente diferente del supuesto para el que se solicita la autorización, puesto que presupone que los Sres. Martín y Carreras continúan siendo accionistas de PENTASERVICE S.A., que el pacto de no competencia es recíproco y que se trata de ofrecer al consumidor ofertas idénticas enmascaradas. Sus alegaciones contra la autorización carecen por tanto de fundamento.

Por último, en el expediente hay indicios que hacen sospechar que existe un intento de que el Tribunal deniegue la autorización solicitada para utilizar la resolución denegatoria con otros fines.

Por todo lo cual, el Tribunal estima que en el caso presente no debe conceder a GINFO S.L. la consideración de interesada a los efectos del procedimiento aplicable a la tramitación de la solicitud de autorización de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 del Real Decreto 157/1992.

2. La solicitud de autorización notificada se refiere a un pacto de no competencia por los vendedores de las acciones de una sociedad de servicios informáticos válido por dos años y referido a la cartera de clientes constituida por la citada sociedad con anterioridad a la disolución de los vínculos entre ésta y los vendedores.

Las circunstancias concretas del caso son las siguientes:

- 2.1. Se trata de un pacto derivado de la finalización de todas las relaciones de dos profesionales informáticos con una sociedad de servicios informáticos de la que eran directivos y accionistas.  
El activo de una empresa de servicios informáticos tiene elementos inmateriales de valor indudable entre los que se encuentra la cartera de clientes. La cesión de las acciones de una sociedad de este tipo, cuando se efectúa por personas que realizan su actividad profesional en el mismo sector, debe ir acompañada de una obligación de no hacer que permita a los adquirientes de las acciones de dicha sociedad asegurarse que ésta va a tener la oportunidad de consolidar su clientela.
- 2.2. El pacto de no competencia notificado afecta exclusivamente a los vendedores de las acciones y la empresa para la que actualmente prestan sus servicios y se refiere exclusivamente a la cartera de clientes constituida con anterioridad por la sociedad con la que rompen los vínculos.
- 2.3. El plazo de duración del pacto es de dos años desde el momento de ruptura de sus vínculos con la sociedad.
3. La jurisprudencia comunitaria y la de este Tribunal establecen claramente que la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia no es aplicable cuando hay transferencia de la propiedad de una empresa y el pacto de no competencia por el vendedor es crucial para garantizar la transferencia al comprador del valor comercial completo de los activos cedidos y no excede de lo necesario para que el comprador se haga con las riendas del negocio que adquiere.

Es necesario analizar, para cada caso concreto, la duración y el alcance de los pactos de no competencia y las restricciones de competencia que conllevan en cuanto al mercado de producto y el territorio afectado.

La doctrina de la Comisión se ha ido desarrollando y ha tratado de establecer normas de aplicación general a pesar de reconocer la necesidad de tomar en consideración las circunstancias concretas de cada caso. (Véanse Decisión Reuter/BASF de 26 de julio de 1976; 6º Informe de política de competencia puntos 60 a 63 y 137 a 139; Decisión Nutricia de 12 de diciembre de 1983, confirmada por Sentencia TJCE de 11 de julio de 1985; 13º Informe de política de competencia puntos 86 a 88; Resolución del TDC de 2 de marzo de 1993 Expte. 40/92 ICI Paints España S.A.).

4. El pacto de no competencia notificado para su autorización se circunscribe a establecer la obligación de los vendedores de no prestar durante 2 años servicios a los clientes prefijados de la empresa cuyas acciones se ceden, compromiso sujeto al reconocimiento de una indemnización en el caso de no ser cumplido o a la obtención de una autorización explícita con el consiguiente pago de una compensación preestablecida.

El Tribunal considera que dicho pacto sólo busca dotar de efectividad la cesión de la titularidad de las acciones de la empresa y que, por tanto, se sustrae a las prohibiciones establecidas en el artículo 1º de la Ley de Defensa de la Competencia.

**VISTOS** la Ley 16/1989, el Real Decreto 157/1992 y las demás normas de general aplicación. El Tribunal

### **HA RESUELTO**

Declarar que el pacto de no competencia durante 2 años por parte de D. LUIS CARRERAS FABRA, D. JAIME MARTIN MENDEZ y VL SET S.L. a la empresa PENTASERVICE S.A. en cuanto a los clientes de ésta existentes en el momento de la firma del documento presentado con la notificación, no constituye una conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de 1993 y no exige por tanto autorización de este Tribunal.

Comuníquese al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.