

RESOLUCIÓN (Expte. r 401/99 (1975/99del Servicio) ASNEF-CESCE)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 28 de noviembre de 2000

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 el expediente r 401/99, 1975/99 del Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio, SDC), de recurso interpuesto por la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) contra el Acuerdo del Secretario de Estado de Economía, de 28 de octubre de 1999, que archivó las actuaciones seguidas por su denuncia contra la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, S.A. (CESCE) por presuntas conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) consistentes en la adquisición por parte de CESCE de participaciones significativas en empresas del mercado de la información económica, con infracción de los artículos 1, 6 y 7 de dicha Ley.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 9 de abril de 1.999, ASNEF formulaba ante el Servicio denuncia contra CESCE por infracción de las normas de competencia, consistente en la adquisición por parte de CESCE de participaciones significativas en empresas del mercado de la información económica.
2. El Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, que dirige el Servicio, consideró que, por su condición de miembro del Consejo de Administración de CESCE, reunía las

condiciones legalmente previstas en el art. 28, 2.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para abstenerse, lo que puso en conocimiento del Secretario de Estado de Economía, quien asumió en el presente expediente las facultades de resolución que la LDC atribuye al Director del SDC.

3. Iniciada la información reservada prevista en el art. 36.2 LDC y subsanada la denuncia, con fecha 26 de mayo se recibió un nuevo escrito del denunciante en el que se detallaba el contenido de las prácticas denunciadas.

En síntesis, las conductas denunciadas en ambos escritos eran las siguientes:

- El Estado español es el accionista mayoritario de CESCE con un 50,25% de su capital social.
- El Estado, según el denunciante, no debería participar en aquellos sectores en los que los agentes privados ya están cubriendo las necesidades del mercado, pues la simple presencia del Estado en el sector privado comporta el riesgo de que se produzca una competencia "primada".
- CESCE, aprovechando la presencia del Estado en su accionariado, ejerce una actividad que va más allá de lo previsto en su objeto social.

CESCE participa a través de INFORMA, CTI y EXPERIAN en el sector de la información económica española. La posición de dominio cuyo ejercicio abusivo es objeto de la denuncia, se produce en el mercado de la información económica.

- La posición de dominio de CESCE en el mercado de la información económica, se predica principalmente de la especial circunstancia que supone que su accionista mayoritario sea el Estado Español.

El Estado, a través de CESCE, ha decidido actuar en el sector de la información económica. La intervención de CESCE está falseando el juego de la competencia en el mercado de la información económica, favoreciendo a determinadas empresas escogidas arbitrariamente por aquélla, en perjuicio de las demás empresas que actúan en este mercado. Efectivamente, sin

necesidad de ningún tipo de concurso ni proceso transparente de selección, CESCE ha convenido la introducción en España de empresas privadas extranjeras que se favorecen así de ser socios del Estado Español en su actuación concurrencial en el mercado. El Estado ha otorgado, arbitrariamente, a terceros extranjeros un *plus* de credibilidad en su acción competitiva en un claro abuso de su posición dominante.

La intervención de la Administración Pública a través de los órganos de defensa de la competencia, en el sector de la información económica en España, según el denunciante, es especialmente relevante, por cuanto que de éstos depende el inicio o la continuidad de la actividad económica de las empresas de este sector.

- la denuncia concreta los indicios de prácticas restrictivas en:
 - a) Infracción del art. 6 de la LDC.
- CESCE, aprovechándose de la particularidad excepcional de su accionariado, otorga a determinadas empresas una ventaja competitiva sustancial sin justificación alguna.
- La doble condición del Estado, como accionista indirecto de empresas del sector de la información económica y como entidad supervisora de este sector, plantea el riesgo (según sus afirmaciones, ya hay actuaciones que lo confirman) de que se produzca un tratamiento desigual entre distintas empresas competidoras, tanto por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia, como por parte del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia.
 - b) Infracción del art. 1 de la LDC.
- La actividad de CESCE en el sector de la información económica se ha realizado mediante acuerdos que pueden tener como efecto falsear la competencia.

Los acuerdos son los suscritos entre CESCE y O.R. TELEMATIQUE, S.A, en virtud del cual se constituyó INFORMA, así como los acuerdos de toma de participación en las sociedades EXPERIAN y CTI.

- c) Infracción del art. 7 de la LDC.

- CESCE interviene en el mercado español de la información económica utilizando la excepcional participación del Estado en su accionariado y otorgando, por tanto, una ventaja significativa a las empresas por ella participadas, a sabiendas de que la intervención estatal en el sector privado tiene carácter restringido. Este comportamiento resulta, cuanto menos, objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe y, por lo tanto, constituye un acto de competencia desleal.
 - Por último, señala que las cantidades invertidas por CESCE en las empresas en las que participa pueden ser calificadas como ayudas estatales encubiertas y, por lo tanto, denunciables ante las autoridades comunitarias.
4. Con fecha 28 de octubre de 1999 el Secretario de Estado de Economía, que había asumido las facultades que la LDC confiere al abstenido Director del Servicio, acordó el archivo de las actuaciones.
 5. El 16 de noviembre de 1999 tuvo entrada en el Tribunal recurso del representante de ASNEF contra el mencionado Acuerdo de archivo.
 6. Tras recibir, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48.1 LDC, el informe correspondiente al recurso presentado y el Expediente 1975/99 del Servicio, el Tribunal requirió del recurrente la subsanación del defecto de acreditación de poder bastante para recurrir y una vez que tal trámite fue cumplimentado por el recurrente, mediante Providencia de 13 de diciembre de 1999, el Tribunal puso de manifiesto el expediente a los interesados para que pudieran formular las alegaciones pertinentes.
 7. El 5 y el 7 de enero de 2000, respectivamente, ASNEF y CESCE presentaron sus escritos de alegaciones.
 8. El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en sus sesiones plenarias de 31 de octubre y 7 de noviembre de 2000, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
 9. Son interesados:
 - Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF)
 - Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, S.A. (CESCE)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Los recursos contra el archivo de las actuaciones realizadas al amparo del artículo 36.2 LDC han de resolverse limitándose a decidir si resulta acertada la decisión del Servicio de no abrir expediente porque los datos de que disponía eran suficientes para afirmar que no hay indicios racionales de conductas que vulneren alguna de las prohibiciones incluidas en la LDC.
2. El SDC fundamentaba el archivo de las actuaciones en la siguiente valoración jurídica:

“Con carácter previo al análisis y valoración del contenido de la denuncia, es preciso tener en cuenta tres elementos esenciales en el procedimiento sancionador regulado por la LDC.

En primer lugar, la incoación de expediente sancionador se lleva a cabo cuando existen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC, no en base a presunciones o suposiciones que no estén avaladas por la existencia de indicios. En segundo lugar, en la iniciación de un expediente por denuncia, es el denunciante quien debe aportar los indicios de práctica prohibida y no el Servicio, quien debe correr con la carga de la prueba. Por último, el ámbito de competencias de la LDC se ciñe al objetivo específico de garantizar la existencia de una competencia suficiente en el mercado y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, por lo que aquellas actuaciones que no afecten a la competencia se sustraen al ámbito de actuación de la LDC y deberán, en todo caso, seguir sus propios cauces de revisión.

Teniendo en cuenta las premisas anteriores, debe decirse, en primer lugar, en relación con las conductas denunciadas referentes a la actuación tanto del Estado como de CESCE que:

1.- La iniciativa pública en la actividad económica es un principio recogido y regulado en la Constitución, que escapa por tanto al ámbito de competencias que la Ley 16/89 atribuye al Servicio y al Tribunal de Defensa de la Competencia. La participación del Estado en CESCE no puede ser, por tanto, objeto de expediente por parte de este Servicio.

2.- El ejercicio de la libertad de empresa es un bien protegido por la LDC, en el que la autonomía empresarial y la libre competencia deben supeditarse a las exigencias de la economía general. En este contexto,

la participación de CESCE en empresas del mercado de la información económica responde a ese principio de autonomía empresarial para determinar su política de inversiones, sin que pueda valorarse dicha autonomía en si como una infracción de la libre competencia.

3.- En cuanto a la valoración de los indicios de infracción referidos en el texto de la denuncia:

a) El abuso de posición dominante requiere como requisito previo la definición del mercado relevante, para así poder determinar la existencia de posición de dominio por parte del operador económico que actúa.

En el presente caso, el mercado relevante, como señala el denunciante, es el mercado de la información económica. En dicho mercado, CESCE no es operador e INFORMA, su empresa participada, no tiene posición de dominio, por lo que no cabe imputarles tal abuso de posición de dominio.

En cuanto a las ventajas competitivas que le puede reportar a CESCE el tener al Estado como accionista, cabe recordar que no depende de los órganos de defensa de la competencia, como afirma el denunciante, el inicio o la continuidad de la actividad económica de las empresas del sector de la información comercial. Estas, en el contexto de la actividad que desarrollan, pueden, de conformidad con lo previsto en los arts. 3 y 4 de la LDC, solicitar autorización singular para poner en práctica algunas de las conductas tipificadas como prohibidas en el art. 1 de la LDC si cumplen los requisitos previstos en el art. 3 de esa misma Ley.

Es doctrina consolidada por diversas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia que, en aquellos casos en que existe un intercambio de información entre competidores, bien sea directamente, bien a través de empresas de informes comerciales etc., que pueda favorecer actuaciones concertadas y por tanto prohibidas por la LDC, el TDC en virtud de lo previsto en la LDC puede autorizar, previa solicitud de los interesados, y de conformidad con los arts. 3 y 4 de la misma, la constitución y el funcionamiento de ese concreto intercambio de información.

En cualquier caso, las Resoluciones del TDC tienen su propio cauce de revisión, ya que son recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

b) *En relación a la infracción del art.1 de la LDC, referida a los acuerdos de constitución de INFORMA S.A., como se ha dicho anteriormente, la libertad de empresa es un derecho reconocido y amparado en la Constitución. Por otra parte, la entrada en el mercado de una nueva empresa, en principio, y salvo que existan indicios en sentido contrario, tiene un efecto procompetitivo. En el presente caso no se han aportado indicios de que pueda producirse una afectación negativa de la competencia.*

c) *Sobre la posible infracción del art. 7, derivada de la participación del Estado en CESCE, y de ésta en el capital social de INFORMA, que considera el denunciante contrario a las exigencias de la buena fe, cabe recordar que la LDC, en su art 7, persigue los **actos** de competencia desleal, no la presunción de intenciones.*

No se ha definido en la denuncia ningún tipo de actos o conductas que, afectando sensiblemente la competencia, pudieran calificarse de competencia desleal.

Considerando, así pues, que en la presente denuncia formulada contra CESCE, no hay datos que permitan presumir la existencia de infracción de las normas de competencia...”

3. Fundamenta el recurrente su escrito de recurso en que el Servicio ha obviado analizar los elementos aportados en la denuncia:

- El SDC rechaza hacer consideración alguna sobre la participación estatal en CESCE pese a que la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de octubre de 1989 exige que la actividad de la empresa pública tenga un indudable interés público y que se someta a la mismas reglas de libre competencia que rigen en el mercado.

CESCE tiene participación mayoritaria del Estado en su capital, justificada por su cobertura de riesgos políticos extraordinarios en las operaciones de comercio exterior, pero ha realizado inversiones en el sector de la información económica, participando directamente en la gestión de INFORMA, CIT y EXPERIEN, sin que esté justificado por interés público acreditado.

- El Servicio no valora el hecho de que las empresas en las que participa CESCE hayan tenido acceso al mercado en condiciones privilegiadas derivadas de la condición de empresa pública de

CESCE (mayor seguridad, mayor credibilidad), es decir, falseando el juego de la libre competencia.

Existe una clara relación entre la presencia estatal en el sector de la información económica, la condición de miembro del Consejo de Administración. del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia y el hecho de que sea el TDC a quien se solicitan autorizaciones para ejercer la actividad de las empresas del sector de información económica cuando la misma quede incluida entre las conductas tipificadas por el artículo 1 de la LDC.

- Sobre todo, el Servicio obvia el hecho de que CESCE esté financiando a las empresas en las que participa con fondos que, en último término, pertenecen al Estado, suscribiendo aumentos de capital de INFORMA en operaciones que han ascendido a más de mil millones de pesetas. Además ha habido una facturación cruzada entre CESCE e INFORMA cercana a los novecientos millones de pesetas. Sorprende que el Servicio no haga mención alguna a esta circunstancia cuando los mecanismos de financiación encubierta tergiversan el mecanismo de formación de precios y perjudican al mercado. La libre competencia puede ser lesionada por las ayudas que los poderes públicos prestan a las empresas.

4. Por su parte, el representante de la empresa denunciada CESCE alega, por lo que se refiere a la denuncia de infracción del artículo 6, que INFORMA, cuyo objeto social es la información económica, no ocupa en absoluto una posición dominante en dicho mercado que describe de la siguiente forma:

A) Información sobre empresas:

- DUN & BRADSTREET: 25% del mercado
- INCRESA (filial de ASNEF-EQUIFAX IBERICA): 23% del mercado
- INFORMA, INFORMACIÓN ECONÓMICA: 23% del mercado
- OTRAS AGENCIAS: 29% del mercado.

B) Información sobre particulares (Bureaux de crédito):

- ASNEF-EQUIFAX IBERICA (constituida en 1994): 100% del mercado
- EXPERIAN BUREAU DE CREDITO (constituida en 1998): próxima aparición en febrero de 2000.

- TRANSUNION ESPAÑA (constituida en 1998 por la compañía americana TRANSUNION, DUN & BRADSTREET e INTERPRESS): se desconoce fecha de aparición en el mercado.

Por el contrario, ASNEF-EQUIFAX habría ostentado el monopolio absoluto en información sobre particulares desde 1994 hasta la reciente aparición de competidores.

Con respecto a la denuncia contra CESCE por infracción del artículo 1 LDC al haberse constituido INFORMA mediante acuerdo entre CESCE y la sociedad francesa TELEMATIQUE, considera que tal conducta no constituye infracción de la LDC y que responde a una necesidad, común a todas las compañías aseguradoras de crédito, de disponer de información sobre sus asegurados para fijar los diferentes techos de clasificación de riesgos, enumerando las compañías de información económica en las que participa entera o parcialmente diferentes aseguradoras europeas.

Por último, en cuanto a la denuncia de ASNEF sobre actos desleales de CESCE, según la cual la participación de CESCE en INFORMA sería contraria a las exigencias de la buena fe, CESCE considera que ASNEF no concreta ningún acto que pueda calificarse como desleal ni especifica las normas presuntamente conculcadas, ni se refiere a hechos o elementos objetivos, sino que mediante acusaciones veladas, generalidades y tópicos sobre la nefasta influencia del Estado en el sector de la información comercial pretende abrir un “juicio político” como si ello estuviera en el ámbito de competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia.

5. El Tribunal constata que el recurrente, tanto en el escrito inicial de recurso como en el de alegaciones tras haber tenido acceso al expediente, se extiende más en los aspectos generales y previos de su denuncia que en rebatir los argumentos del Servicio en cuanto a la inexistencia de infracciones concretas de los artículos 1, 6 y 7 LDC.

ASNEF admite que la cobertura por CESCE de riesgos políticos extraordinarios en las operaciones de comercio exterior justifica la presencia mayoritaria del Estado en su capital y, por el contrario, considera que no hay justificación para la presencia de empresas de CESCE o participadas por CESCE en el mercado de la información económica. El Tribunal no comparte esta consideración ya que la información económica es vital para la valoración de los riesgos

extraordinarios que CESCE debe cubrir y, de hecho, es frecuente que las compañías de seguros europeos participen o posean importantes empresas de información. En este sentido, no debe CESCE carecer del acceso a la información a través de empresas en las que participa del que disponen sus competidoras en el mercado de seguros.

Alega ASNEF que el Servicio no ha valorado el hecho de que las empresas en las que participa CESCE han accedido al mercado en condiciones privilegiadas derivadas de la condición de empresa pública de CESCE, ya que la presencia del Estado, directa o indirecta, confiere un plus de credibilidad y una ventaja competitiva que en otro caso no tendría. A este respecto, el Tribunal considera que, en último término, la ventaja competitiva en el mercado de la información económica será obtenida por las empresas que sean capaces de ofrecerla en los términos más amplios, fiables y económicos, con independencia de la composición de su capital social.

Añade ASNEF que existe una clara relación entre la presencia estatal en el sector de la información económica, la condición de miembro del Consejo de Administración de CESCE del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia y el hecho de que sea el TDC quien puede autorizar ciertas conductas tipificadas por el artículo 1 LDC.

El Tribunal rechaza esta alegación, en sí misma oscura y carente de lógica, así como las torcidas interpretaciones que de ella pudieran obtenerse. Con las incompatibilidades que la ley establece, es completamente legítima y lógica la presencia de representantes de la Administración en los órganos rectores de las empresas públicas, pero el hecho de que las empresas públicas cuenten con administradores públicos no les confiere licencia alguna para infringir la LDC, habiendo sido objeto de sanción muchas de ellas por el TDC quien actúa con absoluta indiferencia a la personalidad de sus administradores. La abstención en el presente expediente del Director del Servicio, reflejada en el segundo antecedente de hecho, muestra que también el SDC ha procedido sin interferencia alguna.

Por último, considera el Tribunal que ni la ampliación de capital de INFORMA ni el hecho de que INFORMA facture a CESCE los servicios de información que pueda prestarle constituyen infracciones de lo dispuesto en la LDC y, por lo que se refiere a su improbable consideración como ayudas públicas, sólo podría ser examinada por este Tribunal, de acuerdo con el artículo 19 LDC, si el Ministro de Economía así lo requiriese.

6. Por todo ello, el Tribunal estima que ninguna de las alegaciones de ASNEF invalida los argumentos con los que el Servicio archivó las actuaciones y que no existen indicios que aconsejaran investigar los acuerdos de creación de nuevas empresas como infracción al artículo 1 ni que hiciera vislumbrar en qué mercado relevante se infringía por abuso de posición dominante el artículo 6 LDC ni que hiciera presumir la comisión de conductas desleales.

Procede, en consecuencia, confirmar el Acuerdo de archivo y desestimar el recurso.

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

HA RESUELTO

Único: Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) contra el Acuerdo del Secretario de Estado de Economía del 28 de octubre de 1999 que archivó las actuaciones seguidas por su denuncia contra la Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, S.A. (CESCE).

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