

## **RESOLUCIÓN (Expte. A 51/93)**

### **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 14 de Julio de 1993.

Reunidos los señores antes mencionados para deliberar y fallar sobre el recurso interpuesto por Mölnlycke AB contra la decisión del Director General de Defensa de la Competencia de archivar las actuaciones (Expte. 831/92) derivadas de la denuncia formulada por la ahora recurrente contra Procter and Gamble y Finaf SpA, teniendo en cuenta los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 30 de abril de 1992 don Marcos Araujo Boyd, en nombre de Mölnlycke AB, presenta un extenso escrito al Servicio de Defensa de la Competencia en el que pide que se considere formulada denuncia de los hechos y conductas descritos en un Memorandum que la ahora denunciante había hecho llegar al Servicio el 28 de febrero de 1992. En el Memorandum se especificaban los efectos que para la competencia en el mercado español de pañales desechables tenían los acuerdos celebrados el 14 de septiembre de 1990 entre la compañía americana Procter and Gamble y la italiana Finaf SpA con la finalidad de coordinar su comportamiento comercial en la CE. El contenido del Memorandum se reproduce en el escrito de denuncia añadiendo la valoración de los efectos de los acuerdos desde el derecho español de la competencia: se estima que infringen los Arts. 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y se pide la incoación del correspondiente expediente.
2. El 11 de enero de 1993 Mölnlycke AB envía al Servicio un informe sobre "el impacto en el mercado español de las medidas previstas por las autoridades comunitarias de competencia en relación a determinados acuerdos en el sector de los pañales desechables" que, según manifiesta, había entregado

antes informalmente al Servicio, y solicita que se suspenda el expediente iniciado en virtud de la denuncia en espera del resultado de las gestiones que el Servicio considere oportunas, sin que la suspensión pedida signifique retirada de la denuncia.

3. El 24 de marzo de 1993 el Director General de Defensa de la Competencia decide el archivo de las actuaciones derivadas de la denuncia por considerar "que la denuncia presentada hace referencia a determinados acuerdos celebrados por las entidades denunciadas en el mercado de pañales y otros productos de higiene femenina y de incontinencia para adultos, hay que estimar que los citados acuerdos han sido notificados a esta Dirección General como una operación de concentración cuyo trámite, con arreglo a los artículos 14 y siguientes de la citada Ley 16/1989, impide la instrucción de un expediente sancionador por conductas que se basan en la existencia de una operación de concentración voluntariamente notificada, y solamente en el caso de que sea aprobada la concentración notificada y que en virtud de esa aprobación se ostente una posición de dominio, desde el cual se realicen actos declarados por el artículo 6º de la Ley 16/1989 como abusivos, estaría obligado el Servicio de Defensa de la Competencia, bien de oficio o a instancia de parte interesada, a instruir el correspondiente expediente sancionador".
4. El 16 de abril de 1993 Mölnlycke AB recurre ante el Tribunal el Acuerdo de archivo alegando que la iniciación de un procedimiento de control de concentraciones es irrelevante para archivar la denuncia, y que no hay operación de concentración respecto de los productos objeto de la misma, por lo que debe procederse a la incoación del correspondiente procedimiento sancionador.
5. El 12 de mayo de 1992 el Tribunal da por recibido el expediente con el informe del Servicio, nombra Ponente y concede al recurrente plazo para vista y alegaciones.
6. El Servicio manifiesta en su informe que el recurso está interpuesto dentro de plazo y, respecto al fondo, que mantiene el Acuerdo recurrido porque:
  - "1.- La denuncia archivada tenía por objeto las presuntas conductas derivadas de unos determinados acuerdos.
  - 2.- Exactamente los mismos acuerdos fueron notificados voluntariamente como una operación de concentración, siendo admitida como tal tanto por el Servicio como por el Tribunal de Defensa de la Competencia.
  - 3.- No cabe admitir que de los acuerdos notificados se excluyó el referente a pañales, puesto que tanto el Servicio como el Tribunal han tenido en consideración este mercado en sus actuaciones.

- 4.- La Comisión de la C.E. no aplicó a este caso el Reglamento 4064/89, pues no se encontraba en vigor en la fecha de iniciación del procedimiento.
- 5.- La notificación voluntaria de concentración implica su resolución expresa o tácita en plazo determinado, por lo cual, al coincidir en este caso el motivo de notificación y de denuncia, la resolución de la primera implica la solución de la segunda en uno u otro sentido".
7. La recurrente, en sus alegaciones, insiste en los argumentos articulados en el escrito de recurso y comenta los razonamientos del informe del Servicio.
8. Es interesada en este expediente Mölnlycke AB.

Ha sido Ponente el Vocal Sr. Bermejo Zofío.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. La recurrente ha utilizado, para integrar su escrito de denuncia, un material que había sido elaborado por ella con una finalidad distinta, cual fue fundamentar su petición al Servicio de Defensa de la Competencia para que interviniera, oponiéndose, en el procedimiento para conseguir una exención del Art. 85.3 del Tratado de Roma, que la Comisión de la CE seguía a instancias de la sociedad americana Procter and Gamble y de la italiana Finaf SpA. Entendía Mölnlycke AB que los acuerdos entre estas compañías producían unos efectos nocivos para la competencia en el mercado español de pañales infantiles desechables, especialmente por el acuerdo de crear a través de sus filiales en España una sociedad conjunta española; y afirmaba que las medidas que proponía la Comisión como condición para conceder la exención no eran suficientes para evitar aquel efecto. El empleo del mismo material para la denuncia, con alusiones a otros expedientes, hace que no se destaque con la debida claridad quiénes son los sujetos y cuáles son las conductas que se denuncian. Mölnlycke AB se refiere tanto a Procter and Gamble y Finaf SpA como a sus filiales españolas Ausonia S.A. y Arbora S.A., Sociedad en Comandita por Acciones; y bajo la rúbrica de "la operación" enumera todos los acuerdos entre Procter and Gamble y Finaf SpA de que conocía la Comisión y no sólo el de constituir la sociedad conjunta en España.

Cabe no obstante entender, como ha hecho el Servicio, que el objeto de la pretensión de Mölnlycke AB es que la constitución de la sociedad española común sea considerada como infracción de los Arts. 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio. Esta es la pretensión que el Servicio rechaza, archivando la denuncia sin incoar expediente, porque las operaciones de concentración y

toma de control del Art. 14 están sustraídas a la aplicación de los Arts. 1 y 6, todos de la Ley 16/1989.

2. En sus alegaciones contra el archivo la recurrente utiliza, básicamente, dos argumentos: el mercado definido por los pañales infantiles desechables no está contemplado en la operación de concentración notificada al Servicio; en todo caso, las operaciones de concentración pueden ser también perseguidas por los Arts. 1 y 6 de la Ley 16/1989.

- 2.1. Frente a lo que afirma la recurrente, el mercado de los pañales infantiles desechables ha sido tomado en consideración dentro de la operación notificada al Servicio y resuelta por el Gobierno, como se desprende del propio Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de mayo de 1993 que pone fin al expediente de concentración. En él la no oposición del Gobierno a la "creación de una empresa conjunta denominada Ausonia Higiene S.L." se subordina a que "los grupos empresariales participantes cumplan las condiciones siguientes: Primera.- Enajenación a un tercero de la parte del negocio relativa a pañales infantiles desechables de cualquiera de las dos empresas que se concentran, incluyendo activos, y cesión de las correspondientes marcas por un plazo de tres años". Tan considerado ha sido este mercado que el Gobierno no autoriza la concentración por lo que a él respecta.

- 2.2. La aplicación conjunta de los Arts. 1 y 6 de la Ley -que definen las conductas sancionables- y del Art. 14 y siguientes -que establecen el régimen especial de las operaciones de concentración o toma de control- se fundamenta por Mölnlycke AB en que la Ley 16/1989 no ha dispuesto la incompatibilidad entre estos dos procedimientos y en que la compatibilidad se deduce de que el régimen de los Arts. 14 a 18 tiene unas características y finalidad precisas -evitar que por medio de modificaciones estructurales pueda verse afectada la competencia- que son distintas a aquellas consideradas en los procedimientos de constatación de infracciones -prohibir una determinada conducta que se considera, en sí misma, como directamente atentatoria a la libre competencia-. Esta es la solución adoptada en el derecho comunitario, añade, que debe servir de guía para la interpretación y aplicación del derecho español.

Pero cabe observar que si la Ley 16/1989, cuya aplicación al caso postula Mölnlycke AB, no ha dispuesto expresamente la incompatibilidad entre el régimen de los Arts. 1 y 6 por una parte y del 14 por otra, ha sido, probablemente, por economía legislativa. En efecto, la Ley comienza por separar formalmente, dentro de su Título primero, "los acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas" -Capítulo I- y "las concentraciones económicas" -

Capítulo II-. Y basta comparar el régimen sustantivo y procesal a que la Ley sujeta los supuestos que incluye bajo una y otra rúbrica para constatar su incompatibilidad.

Así, como notas más destacadas del régimen sustantivo de los acuerdos colusorios, se pueden subrayar la consumación de la infracción por el simple consentimiento de las partes, aunque el acuerdo no vaya seguido de ejecución (Art. 1.1); la nulidad de pleno derecho de los acuerdos (Art. 1.2); la inclusión, entre sus consecuencias, de una eventual multa (Art. 10.1); y la posibilidad de pedir autorización al Tribunal, la cual sin embargo nunca producirá efectos sanatorios de la infracción (Art. 4.2). Las prácticas abusivas, en cambio, no son susceptibles de autorización: el abuso es siempre condenable.

Mientras que el régimen sustantivo de las concentraciones se caracteriza por que el acuerdo de concentración, que en determinados casos precisa autorización del Gobierno, es lícito y válido y puede seguir ejecutándose en tanto la autorización se tramita (Art. 15.1); si el Gobierno no lo autoriza la consecuencia de máxima gravedad es la orden de desconcentrar o de cesar en el control (Art. 17.c.2), no la nulidad, y sin existencia de multas que únicamente se preven para el incumplimiento de la orden del Gobierno (Art. 18). La autorización puede solicitarse "previamente -al acuerdo- o hasta tres meses después de su realización" (Art. 15.1) y la falta de notificación del acuerdo en este plazo no implica más que un mayor rigor en el tratamiento procedimental: no se beneficia de las autorizaciones tácitas y plazos previstos para las notificaciones voluntarias (Art. 15.4. in fine).

En cuanto al régimen procedimental, el largo y complejo "procedimiento en materia de acuerdos y prácticas prohibidas" del Capítulo primero del Título III de la Ley, es muy distinto en sus diversas fases de iniciación, instrucción y resolución del sencillo procedimiento para obtener la autorización del Gobierno en las concentraciones.

La diversidad de regímenes sustantivo y procedimental hace inviable que un mismo acuerdo pueda someterse, sucesiva o simultáneamente, a ambos sistemas. Lo que significa que las concentraciones constituyen un supuesto de hecho específico sometido a un tratamiento legal propio y excluyente, por su singularidad, de los demás que la Ley establece; en particular, del de las prácticas colusorias o abusivas.

Como consecuencia del establecimiento de regímenes distintos vinculados a diferentes supuestos de hecho, la discusión en cada caso únicamente versará sobre si el acto considerado constituye o no un supuesto u "operación" de concentración. La falta de definiciones legales precisas, y el que ciertas

concentraciones se lleven a cabo mediante acuerdos entre empresas que subsisten como operadores independientes -al menos jurídicamente- puede suscitar la duda de si se trata de un acuerdo colusorio o de concentración. Pero en el caso presente la discusión ha quedado resuelta, respecto del convenio que Mölnlycke AB impugna, por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de mayo de 1993 que le atribuye definitivamente la naturaleza de una operación de concentración y que el Tribunal -que mantuvo la misma postura en su informe en el expediente de concentración- debe aceptar en tanto este Acuerdo no sea revocado. No basta con que Mölnlycke AB hubiera pedido en su momento la incoación de expediente por infracción de los Arts. 1 y 6, incluso antes de que los interesados notificaran el mismo acuerdo como operación de concentración. Habría tenido que impugnar la calificación del convenio como supuesto de concentración, que necesariamente ha de hacerse para iniciar un expediente de esta naturaleza, y recurrir la Resolución que lo puso fin. La estimación ahora de la pretensión de Mölnlycke AB y la consiguiente apertura de un procedimiento sancionador de los Arts. 1 y 6 por los mismos hechos resueltos por la decisión del Consejo de Ministros, significaría revocar este acuerdo por una vía distinta de la legalmente establecida -el recurso contra el acuerdo- y por un órgano, como es el Servicio, sin competencia para revocar acuerdos del Consejo de Ministros.

Por último y respecto de la invocación que Mölnlycke AB hace del derecho comunitario, es de señalar que, a diferencia del Tratado CECA que concedía especial atención -Art 66- a las concentraciones, el Tratado de Roma no contiene disposición específica alguna sobre ellas; quizá, como se ha sostenido, por el ambiente favorable en la época a la constitución de grandes sociedades europeas que pudieran competir con las americanas. Cuando, más adelante, se plantea el control de las concentraciones, la forma de hacerlo será por medio del único régimen existente: el sancionador de los Arts. 85 y 86, con la posibilidad, en su caso, de solicitar una exención individual según el Art. 85.3. Como hace notar el Servicio, este es el camino que tuvieron que seguir Procter and Gamble y Finaf SpA para conseguir la autorización de sus acuerdos. La publicación del Reglamento 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre 1989, cambia la situación ya que "El presente Reglamento será el único aplicable a las operaciones de concentración definidas en el Art. 3". (Art. 22.1). Es decir, el Reglamento 4064/89 acota unas "operaciones de concentración", que define en el Art. 3, a las que somete al régimen especial que el mismo Reglamento establece. Pero como sucede que el Reglamento es norma de rango inferior al Tratado, se ha cuestionado doctrinalmente la interpretación que sostiene que el Reglamento excluye en todo caso la aplicabilidad de los Arts. 85 y 86 a las "operaciones de concentración" -se objeta que al reducir el campo de aplicación de los Arts. 85 y 86 se estaría modificando el Tratado por un medio inadecuado- y se ha sostenido que estos preceptos puedan seguir siendo aplicables. El Tribunal de



Justicia de la CE, que ha considerado aplicables los Arts. 85 y 86 a determinadas operaciones de concentración, no ha tenido ocasión, después de entrar en vigor el Reglamento 4064/89, de pronunciarse y decidir la polémica. En la actualidad la discusión continúa en un contexto más amplio y con diversos argumentos y puede afirmarse que la cuestión no ha quedado definitivamente resuelta. Aunque, de hecho, parece que después de la vigencia del Reglamento 4064/89 la Comisión no ha vuelto a resolver las concentraciones utilizando los Arts. 85 y 86. El caso Gillette, que Mölnlycke AB invoca, se había iniciado antes de entrar en vigor el Reglamento, que no tiene carácter retroactivo (Art. 25.2).

Sin necesidad de mayores precisiones, la conclusión que interesa destacar es que el derecho comunitario ha pretendido abandonar el tratamiento indiferenciado de las concentraciones para someterlas a un régimen propio y específico, como hace el derecho español. Con la diferencia de que si en el derecho comunitario persiste alguna incertidumbre -por razón del medio empleado- sobre la consecución del resultado perseguido, esta incertidumbre no existe en el derecho español; al ser la misma ley la que establece la especialidad excluyente de las operaciones de concentración no se presentan dudas de legalidad. La invocación por tanto del derecho comunitario que Mölnlycke AB realiza no es suficiente para revisar la interpretación de las relaciones entre los Arts. 1, 6 y 14 que el Tribunal sostiene.

3. En suma, los argumentos en que se ha apoyado el Servicio para archivar la denuncia son, en lo esencial, correctos y el Acuerdo impugnado debe ser mantenido.

Por todo ello el Tribunal

## **RESUELVE**

Desestimar el recurso interpuesto por Mölnlycke AB contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de fecha 24 de marzo de 1993 por el que decretó el archivo de las actuaciones derivadas de la denuncia formulada por la recurrente contra el convenio de Procter and Gamble y Finaf SpA para la creación de una sociedad conjunta en España.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra ella podrán formular recurso ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar de la recepción de su notificación.