

Id. Cendoj: 28079230062009100074
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 27/02/2009
Nº de Recurso: 403/2006
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintisiete de febrero de dos mil nueve.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha

promovido Asociación Provincial de Fabricantes y Expendedores de Pan de Cuenca, y en su nombre y representación la

Procuradora Sra. D^a Aránzazu Fernández Pérez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr.

Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 18 de julio de 2006, relativa a

sanción siendo Codemandado D^o Simón y la cuantía del presente recurso 100.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Asociación Provincial de Fabricantes y Expendedores de Pan de Cuenca, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Aránzazu Fernández Pérez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 18 de julio de 2006, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución que nos ocupa.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo

que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO: No habiéndose solicitado recibimiento a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día diecisiete de febrero de dos mil nueve.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 18 de julio de 2006, por la que se impone a la actora la multa de 100.000 euros, al haber incurrido en una conducta contraria a la libre competencia, tipificada en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 .

Los hechos que han dado origen al presente recurso son los que siguen:

1.- Como consecuencia de inspecciones realizadas a 16 establecimientos expendedores de pan en Cuenca en 2004, se constató que, de ocho expendedores de pan no fabricantes, siete reconocen que el precio lo fija el fabricante. El octavo, que señala que fija el precio del pan libremente, tiene una lista de precios idéntica a los demás expendedores.

2.- En cuatro de los establecimientos fabricantes-expendedores de pan, los dependientes desconocen como se fijan los precios, en uno se informa que se vende sobre precio final con descuento a los terceros comerciantes, y en tres establecimientos se dice que el precio se fija previa decisión de la asociación recurrente.

3.- En todos los establecimientos inspeccionados se produjo una subida del precio del pan fue el 1 de julio de 2004.

4.- En tres establecimientos la lista de precios es idéntica en contenido, estructura, fecha y mecanografía. En otros tres establecimientos la lista es idéntica para ellos. Una tercera lista es utilizada por dos establecimientos y una cuarta por otros dos.

5.- Todos los establecimientos tienen los mismos precios para las distintas clases de panes.

Alega en primer lugar la recurrente indefensión en cuanto no se le permitió practicar la prueba propuesta consistente en solicitar aclaración del informe de los Servicios de Consumo, en relación al número de fabricantes y expendedores de pan, concreción sobre quien envió la lista de precios y sobre el autor de la recomendación. Ahora bien, estas aclaraciones eran innecesarias desde el momento en que los hechos quedaron fijados mediante otros instrumentos probatorios. Los datos sobre el número de establecimientos eran irrelevantes a los efectos de acreditar los hechos, la autoría de la recomendación quedó fijada por el documento al que nos referiremos y las declaraciones de tres establecimientos.

SEGUNDO: El examen del alcance jurídico de los hechos establecidos, pasa por el análisis de dos preceptos, esenciales en la resolución del presente supuesto:

A) El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio , en su redacción dada por Ley 52/1999 de 28 de diciembre , dispone: " 1 Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, 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, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."

B) El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7 ... Multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas..." - hoy la suma ha de entenderse de 901.518,16 euros -.

De los preceptos citados resulta: 1) La actividad tipificada en el tipo sancionador del artículo 1 lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o mas sujetos a tal fin. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. La conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.

2) En relación al segundo de los preceptos citados, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

TERCERO: De los hechos expuestos, que quedan acreditados en el expediente, resulta que hubo una indicación por la recurrente tendente a fijar los precios, al menos su incremento, sin que ello pueda justificarse por el aumento de costes solamente, y ello no sólo por la circular aportada por uno de los interesados en la que se señalan precios recomendados de venta al público a partir del 1 de julio de 2004 con pie de página de la sede social de AFEPAN, sino, fundamentalmente, porque tres establecimientos reconocieron que los precios los fijaba la asociación.

Las pruebas en que se basan las conclusiones de la Resolución impugnada no son insuficientes, es clara la existencia de identidad de precios, sin que las diferencias en

el peso del pan sean relevantes como para determinar precios distintos por su escasez. No se justifica la homogeneidad en los precios por autorregulación en los barrios porque la subida de precios se produce el mismo día, sin tiempo para esa autorregulación. Por último la implicación de la actora es reconocida, como se decía, por tres establecimientos.

En cuanto a la existencia de expendedores que sin ser asociados siguieron la recomendación de precios, no supone falta de participación de la actora en los hechos pues tales expendedores pueden seguir las indicaciones sin estar asociados.

En este caso, entiende la Sala que se ha demostrado la concurrencia de un acuerdo horizontal para la subida de precios del pan, recomendada por la entidad recurrente, que tratándose de un artículo de primera necesidad, constituye una grave infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, ya que causa un evidente perjuicio al consumidor final, pues supone sustituir la rivalidad entre competidores por la concertación en las condiciones de venta de los productos, y suprime la iniciativa de los consumidores para optar por la adquisición de los productos en un establecimiento u otro según existan diferencias de precios.

Pues bien:

A) Como se decía, la conducta infractora puede ser cometida, no sólo por empresas, sino por agentes económicos, o asociaciones o uniones de aquéllos. La actora es una asociación que viene constituida por profesionales de la elaboración del pan, cuyo carácter de operadores económicos es incuestionable.

B) Ha resultado suficientemente probada la existencia de recomendación colectiva tendente a limitar la competencia en la libre formación de los precios. Tal conducta consiste en una acción coordinada tendente a eliminar la incertidumbre en el comportamiento del competidor. En el supuesto que contemplamos, es evidente que una recomendación colectiva de una entidad que integra a los principales profesionales panaderos del mercado en la provincia, tiende directamente a unificar comportamientos con la correspondiente eliminación de la incertidumbre de los individuales competidores. La recomendación, atendiendo al ente del que procedía, revestía la aptitud suficiente para provocar la unificación en el comportamiento. Y a ello no es obstáculo que los profesionales del sector tuviesen libertad para fijar los precios, porque lo importante es la eliminación de la incertidumbre mediante la recomendación.

C) Que la recomendación no tuviese efecto en el mercado - aún cuando en este caso la tuvo - es algo intrascendente, puesto que ya se ha señalado que tal efecto no es exigido por el tipo de la infracción.

D) Respecto a la ausencia de intención, ya se ha dicho que la norma admite la comisión dolosa y culposa de la infracción; y que, al menos, concurre negligencia, es evidente, si atendemos al efecto que puede producir que una asociación con la implantación en el sector del mercado como la que nos ocupa, realice indicaciones de concretas políticas económicas, y, respecto a las cuales, la decisión de su adopción se encuentra en manos de los asociados.

En relación a la proporción en la aplicación de la sanción, la Resolución impugnada la impone un su grado mínimo atendiendo a la cuantía de la sanción de multa que la Ley permite imponer. Ello sería suficiente para entender respetado el principio de

proporcionalidad, pero, además, se razona en la Resolución como elementos a ponderar en la aplicación de la sanción, la existencia de un efectivo seguimiento de la recomendación, la afectación a la cesta de la compra y tratarse de un bien de primera necesidad.

Todo lo expuesto lleva a la Sala a desestimar el recurso y confirmar el acto administrativo impugnado, por ser conformes a Derecho los pronunciamientos en él contenidos.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa .

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Asociación Provincial de Fabricantes y Expendedores de Pan de Cuenca, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Aránzazu Fernández Pérez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 18 de julio de 2006, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.