

Id Cendoj: 28079230062007100626
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 310 / 2001
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE ARTURO FERNANDEZ GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia. Apartado 1.1, a) b) y d) de la Ley 16/1989, de 17 de julio.

SENTENCIA

En Madrid a 12 de diciembre de 2007

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 310/2001 se tramita a instancia de la ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE BIZKAIA EDITORES Y DISTRIBUIDORES DE PRENSA Y PUBLICACIONES, representada por el Procurador de los Tribunales don Juan Carlos Estévez Fernández Novoa, contra la resolución del Tribunal de la Competencia de 31 de octubre de 2000, por la que se le declara a dicha parte recurrente incurso en una práctica prohibida en el *art. 1.1, a), b) y c) de la Ley de Defensa de la Competencia*, se le intima para abstenerse en determinadas conductas, se le impone una multa de 25.000.000 de ptas (150.253,03 €) y se le obliga a publicar la citada resolución en el Boletín Oficial del Estado. Es parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado y codemandada doña María Cristina, representada por el Procurador don José A. Donaire Gómez; siendo a cuantía del procedimiento indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte recurrente arriba indicada interpuso en fecha 5/04/2001 este recurso respecto del acto antes aludido y, admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que solicitó se dicte sentencia en la que con estimación del recuso se declare la nulidad de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó que habiendo por presentado ese escrito, lo admita y tenga por contestada la demanda y previos los trámites legales se dicte sentencia desestimándolo y confirme la resolución impugnada. En similares términos a dicha demandada se pronunció la codemandada.

TERCERO.- Al solicitarlo las partes, se recibió el juicio a prueba constando en autos el resultado de la admitida a trámite.

CUARTO.- A continuación, se sustanció el trámite de conclusiones por escrito. Señalándose para votación y fallo el 11 de diciembre de 2007, procediéndose a su deliberación votación y fallo con el resultado que a continuación se expresa.

QUINTO.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación.

Es ponente de esta sentencia el Ilmo. Magistrado Sr. don José Arturo Fernández García.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la resolución del Tribunal de la Competencia de 31 de octubre de 2000, por la que se le declara a dicha parte recurrente incurso en una práctica prohibida en el *art. 1.1, a), b) y c) de la Ley de Defensa de la Competencia*, se le intima para abstenerse en determinadas conductas, se le impone una multa de 25.000.000 de ptas (150.253,03 €) y se le obliga a publicar la citada resolución en el Boletín Oficial del Estado.

Los hechos declarados probados en la referida resolución, y en lo que concierne a las cuestiones suscitadas en esta litis, se pueden resumir en los siguientes:

1º.- La Asociación recurrente, fundada en 1982, agrupa, al menos desde 1995, además de algunas publicaciones no diarias, a las que se menciona en dicha resolución, siendo esa asociación la única que distribuía por los puntos de venta de Vizcaya los periódicos de sus asociados, que constituyen el 95% de los diarios vendidos en la provincia, quedando a salvo la posibilidad de que los vendedores que no acepten las condiciones de la Asociación puedan acudir a la sede de las empresas asociadas a recoger y pagar diariamente los ejemplares que necesiten.

2º.- El día 17 de julio de 1995 la denunciante D^a María Cristina, que había solicitado del Ayuntamiento de Bilbao una licencia para la venta de prensa en el Mercado de la Ribera, remitió a la Asociación una petición de suministro de prensa diaria cumplimentando el impreso de esta Asociación, la cual le contestó mediante carta de 18 de octubre de 1995 por la que se le comunicaba a dicha señora que " en la reunión que la Junta Provincial de esta Asociación celebró el día 16, en la que trató de solicitudes, se acordó al estudiar la remitida por Vd. Que: a la vista de las ventas actuales en la zona donde nos solicita, en estos momentos se lamenta no poder complacerle en su petición, ya que no es necesario tener más vendedores". Ante la insistencia de dicha solicitante, la Asociación le remitió el día 13 de noviembre siguiente una nueva carta, en la que se indicaba que en la reunión de esa misma Junta Provincial de la Asociación celebrada el día 11 se había acordado denegar su petición, ya que no es necesario tener más vendedores en la zona donde nos solicita. Las ventas fijadas actualmente son de 250-275 ejemplares de venta total diaria". El día 12 de diciembre de 1996 D^a María Cristina requirió notarialmente a la Asociación para que le fuese suministrada la prensa diaria, respondiéndole la Asociación, a través de ese mismo conducto, por medio de un escrito denominado " Notificación de solicitud aprobada", en el que se expresaba el carácter provisional de la aprobación, por tres meses, y se señalaba que la solicitante debía efectuar un depósito de garantía en metálico, por un importe total de trescientas mil pesetas. Asimismo se indicaba que la aprobación podía ser revocada en caso de incumplimiento de las condiciones generales establecidas, en caso de impago de facturas y, finalmente, "por no alcanzar en algunos de los meses de vigencia de la autorización la cifra de 275-300 ejemplares de venta total al día".

3º.- A otra denunciante, D^a Raquel, que posteriormente desistió en dicho procedimiento administrativo, y que igualmente había solicitado a la Asociación suministro de prensa diaria para su puesto situado en la calle Hernani 3 de Bilbao, dicha Asociación le respondió por carta de 26 de junio de 1995 que " en la reunión que la Junta Provincial de esta Asociación celebró el día 20, en la que se trató solicitudes, se acordó estudiar la remitida por Vd que se lamenta no poder complacerle, ya que no es necesario tener más vendedores en la zona donde nos solicita". Este criterio se mantuvo en otra carta de 18 de octubre de 1995, que la Asociación dirigió a la solicitante en respuesta a una nueva solicitud por parte de ésta, y en otra de 26 de septiembre de 1996, en la que se expresaba que " nos indica un volumen de ventas aproximado, el cual no llega en estos momentos al que esta Asociación tiene marcado para que un punto resulte rentable, tanto para editores como para el vendedor, el cual es de 250-275 ejemplares de venta total diaria". Ante estas reiteradas negativas de la Asociación la citada Sra Raquel dirigió a ésta última requerimiento notarial el 18 de diciembre de 1996 que le respondió también por vía notarial mediante un escrito denominado "Notificación de solicitud aprobada" conteniendo un literal igual al que se dirigió a D^a María Cristina el 12 de diciembre de 1996 y que arriba se ha transcrito.

4º.- La Asociación respondió a una solicitud formulada por D. Carlos Ramón en fecha no determinada, mediante una carta fechada el 9 de mayo de 1997, en la que se expresaba que en la reunión que la Junta Provincial de esta Asociación que celebró el día 7, en la que se trató de solicitudes, se acordó al estudiar la remitida por Vd. Que: " a la vista de las ventas actuales, se lamenta no poder complacerle en su petición, ya que no es necesario tener más vendedores en la zona donde nos solicita. El número total de ventas fijado actualmente es de 250-275 ejemplares total al día"

5º.- Finalmente, el acto recurrido establece también y textualmente como hechos probados : "Pese a que la Asociación recibe cientos de solicitudes de suministro de prensa a lo largo de cada año, tan sólo se

ha acreditado la aceptación de dichas solicitudes en ocho casos, entre el período de tiempo comprendido entre el mes de junio de 1995 y el mes de mayo de 1996, y en catorce ocasiones entre el mes de junio de 1997 y el de abril de 1998. De todas las solicitudes admitidas entre el mes de noviembre de 1995 y el mes de junio de 1997, tan sólo se exigió una fianza de 300.000 pesetas a D^a María Cristina y a D^a Raquel, siendo inferiores a dicha suma todas las demandadas a otros solicitantes, que en todo caso fue de 200.000 pesetas, durante ese período. De la misma manera, entre todas las solicitudes aceptadas en los períodos antes mencionados, sólo a las Sras. María Cristina y Raquel se exigió una venta mínima diaria de 275-300 ejemplares, mientras que a otros solicitantes no excedió en ningún caso de 275 ejemplares"

En el fundamento primero de la resolución recurrida se constatan los medios de pruebas, fundamentalmente documental, acreditativos de los referidos hechos y que constan en el expediente.

La calificación jurídica de los hechos los encuadra el acto recurrido en el *artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* (en adelante LDC)

A) Una infracción del *artículo 1.1 .b)*, consistente en la limitación de la distribución, por establecer a qué puntos de venta de la provincia han de suministrar las publicaciones que editan o distribuyen los asociados, según consideren o no necesaria la presencia de nuevos vendedores en la zona donde se ubica el solicitante.

B) Una infracción del *artículo 1.1 .a)* por establecer mediante decisión colectiva las condiciones comerciales y de servicio de la venta de prensa, al fijar en " las condiciones generales de venta de prensa" el número mínimo de ejemplares que debe vender el "titular autorizado" para obtener o conservar el suministro de prensa, la cuantía de su fianza y su depósito en cuenta a nombre de la Asociación.

C) Una infracción del *artículo 1.1 . d)*, por aplicar concisiones desiguales para prestaciones equivalentes, al establecer condiciones diferentes a distintos vendedores.

A la vista de que tosa estas conductas no son más que manifestaciones de una sola voluntad del sujeto pasivo y han sido realizadas con idéntica finalidad de controlar el mercado minorista de la venta de prensa en el territorio afectado (Vizcaya), se califican como una sola infracción continuada del *artículo 1 de la LDC* .

Conforme a los dispuesto, en el *artículo 10 de la LDC se le impone a dicha recurrente la multa de 25.000.000 de ptas(150.253,03 €).*

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda, con relación a los hechos declarados probados en la resolución recurrida, que, primero, desde hace tres años no agrupa a uno de los grupos editoriales que se especifica en dichos hechos. La Asociación se encarga de intermediar entre los editores-distribuidores y los vendedores que pueden alcanzar un mínimo de venta de periódicos, para hacer que a éstos se les pague el transporte de ejemplares al lugar de venta, de modo que los vendedores que no alcanzan ese mínimo se relacionan sólo con el editor o distribuidor respectivo tienen las mismas condiciones que otros, excepto el transporte, con liquidaciones semanales no diarias.

A la única denunciante con denuncia en vigor, recalca la recurrente, efectivamente se le indicó, cuando solicitó la intermediación de la Asociación, de forma incorrecta, al informarle del volumen de ventas (que era muy inferior al acordado con todos los demás vendedores), que " no era necesario tener más vendedores en la zona", aunque luego en contestación al requerimiento notarial, quedó clarificado al indicársele que si alcanzaba los mínimos de venta, la Asociación actuaría y las condiciones serían idénticas a las de los demás.

Igualmente, reconoce la actora que la referida Asociación recibe solicitudes de intermediación, que acepta si que entren dentro de los mínimos de venta, y que traslada a cada periódico en caso contrario, pero por su decisión nunca se ha dejado sin periódicos a nadie que quisiera venderlos. Las condiciones son idénticas o prácticamente idénticas, el mínimo de ventas se señala a efectos puramente indicativos según las zonas y los depósitos se fijan en función de la mayor venta porque el riesgo es mayor, pero son variaciones con diferencias mínimas e intrascendentes, sustancialmente las condiciones son iguales. Así, que el hecho de que a todos se les indicaba un mínimo de 275 a 300 ejemplares diarios y a las denunciantes 2745 a 300, y a unos un mínimo de 200.000 ptas de depósito a las denunciantes de 300.000 ptas, son diferencias tan mínimas que no pueden basar una persecución o trato desigual, como pretende resaltar la resolución.

Por todos esos razonamientos, considera dicha parte que no existen ninguno de esos tres tipos por los que ha sido sancionada. En primer lugar, con aquellos vendedores que pueden alcanzar unos mínimos, la Asociación sólo interviene de intermediaria, facilita la relación y no se les cobra el transporte, de modo que los que no alcanzan ese mínimo deben dirigirse directamente al distribuidor y no puede exigir que le sea suministrado gratis la mercancía al lugar de venta. Por tanto, la Asociación no ha limitado la distribución, se conceden por los distribuidores las mejores condiciones a los que más venden (transporte gratis al punto de venta) y el que vende poco no puede exigir las mismas condiciones que vende más. En segundo lugar, la Asociación no establece ninguna condición general de venta de periódicos, pues cada uno tiene sus particulares condiciones en relación con los demás periódicos, que aplica por igual a todos los vendedores. Ella lo único que hace es facilitar (transporte gratis al punto de venta) a quien más vende. Ese número mínimo de venta es a los únicos efectos de poder ofrecer o no transporte gratis), o no cobrar transporte extraordinario, y se pueden considerar un premio especial a la con la mayor venta. Eliminando esa actividad, lo único que se conseguiría es que cada vendedor debiera acudir a cada sede, con independencia de quien vende más o no. Por último, señala que no existe en ningún caso trato diferente para los distintos minoristas, pues las condiciones son iguales para todos ellos en lo fundamental, como es que la entrega y recogida sin gasto de transporte ni previo pago de ejemplares en el punto de venta y descuentos de periódico en la misma cuantía que a los demás; las distinciones que se recogen en los hechos probados no son significativas y tienen como finalidad premiar el mayor número de ventas con el transporte gratis.

Por último, ataca la recurrente la cuantía de la sanción impuesta (25.000.000 de pesetas(150.253 €), pues la resolución recurrida podía haber señalado otra cantidad si le hubiera parecido así .

TERCERO.- La defensa del Estado opone que la actora no niega los hechos declarados probados en la resolución recurrida, pero sí interpreta que no son a su criterio anticompetitivos. Sin embargo, señala que esos hechos no cuestionados tuvieron como clara finalidad y produjeron el efecto de reducir la competencia en el mercado relevante de la distribución de la prensa diaria para su venta en el ámbito territorial de la provincia de Vizcaya. El hecho de las cartas de la Asociación indicando si son necesarios o no más vendedores en una zona y negando el suministro a los vendedores que no aceptan sus criterios, produce ese resultado de reducción de la competencia; efecto que también se produce con la exigencia a los minoristas de un número determinado de venta diaria de ejemplares, a fin de obtener el derecho a que se le suministre la prensa.

Finalmente, señala que la cuantía de la sanción se ha impuesto teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el caso, aplicando los criterios de la Ley de Defensa de la Competencia.

Las parte codemandada, encarnada por la denunciante Sra. María Cristina, opone, esencialmente, que con la prueba documental consistente en todos y cada uno de los documentos que componen el expediente administrativo se concluye la certeza de los hechos declarados probados en el acto recurrido, de forma que los mismos son perfectamente encuadrables en los supuestos recogidos en las letras a), b) y d) *del apartado 1 del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*

CUARTO.- Coincide esta Sala con la parte demandada en que la actora, tal se deduce de sus alegaciones, semejantes a las que ya vertió en vía administrativa, reconoce la certeza de los hechos declarados probados en la resolución impugnada, los cuales, como luego, se expondrá, efectivamente han quedado debidamente acreditados con la documentación constitutiva del expediente administrativo. Sin embargo, la recurrente discrepa de la apreciación que de esos hechos efectúa el acto recurrido y, especialmente, de la tipificación de los mismos en la normativa sobre la defensa de la competencia.

Efectivamente, obra en el expediente la documentación acreditativa de las cartas remitidas por la Asociación a los denunciantes (fs. 14, 15, 68,70,72, 89 y 96), firmadas por el Secretario; así como los requerimientos notariales efectuados por las señoras María Cristina y Raquel, y las respuestas de la Asociación(fos. 19 y ss y 73 y ss). El contenido de esas cartas no es negado por la Asociación demandante y en los folios 332 y ss se recogen algunas actas de su reuniones que corroboran tal contenido.

A los folios 352 a 395 constan las notificaciones de solicitudes aprobadas remitidas por la Asociación a los vendedores que pretendían suministrar prensa diaria, en las que se hace constar la cuantía de la fianza solicitada y la mención al número mínimo de ejemplares cuya venta se consideraba indispensable para mantener el suministro. La propia recurrente, como arriba se expuso, reconoce la existencia de trato diferente a las denunciantes Sras María Cristina y Raquel, sin embargo las minimiza en sus apreciaciones.

Con los folios 225 y 269 se acredita que la recurrente es una Asociación que agrupa a los diarios de mayor difusión en la provincia de Vizcaya. Dato que tampoco rebate la recurrente, y sólo apostilla que uno

de los mencionados en la resolución recurrida no pertenece ya a la Asociación (diario EGIN) .

Pues bien, este Tribunal, apreciando los citados hechos declarados probados sólo puede compartir lo establecido en el acto recurrido de que los mismos son tipificables en las letras a, b y d del *apartado 1 del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* , aplicable al caso de autos.

Se ha de recordar que el indicado apartado 1 de dicha Ley, bajo el epígrafe "Conductas prohibidas", establece: 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 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.....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.

Evidentemente, las decisiones documentadas de la Asociación demandante sobre si se necesitan o no determinados vendedores en una concreta zona, hasta el punto de negarles a los denunciantes, en un primer momento, la posibilidad de vender, es una intromisión de la Asociación en el mercado minorista, decidiendo incluso sobre la propia rentabilidad de los negocios minoristas o los riesgos asumidos por estos. Como correctamente indica la resolución recurrida, y tal como se acredita con los folios 522,523 y 532 del expediente(cartas de tres periódicos pertenecientes a la Asociación), no cabe aducir que los minoristas podían acudir a obtener el suministro a los editores pues éstos reconocen que les indican a los solicitantes que acudan a la Asociación. Además, queda constatado que a pesar de los cientos de solicitudes que reciben al año, la Asociación sólo aprobó 8 entre el mes de junio de 1995 y el mes de mayo de 1996. 8 solicitudes, y 14 entre el mes de junio de 1997 y el de abril de 1998. En consecuencia, esas conducta constituye una limitación de la distribución de esas publicaciones encuadrable en la conducta prohibida del *art.1.1.b) de dicha Ley de Defensa de la Competencia* mencionada.

Asimismo, constituyen una conducta prohibida prevista en el *artículo 1.1 a) de la reiterada Ley* los acuerdos de la Asociación requiriendo a los minoristas un número mínimo de ejemplares de venta diaria a fin de que se les suministre la prensa. Finalmente, esos tratos desiguales debidamente acreditados, por mucho que la actora los quiera minimizar, son condiciones distintas fijadas sin motivación alguna, pues a dichas dos denunciantes se les exige un número mínimo de ventas por día y unos depósitos que no se les exige a otros vendedores, sin que se justifique tal trato discriminatorio, las cuales, en consecuencia, son subsumibles en la letra d) del *apartado 1 del referido artículo 1 de dicha Ley de la Defensa de la Competencia* , sin que en absoluto esta conclusión se vea desvirtuada por la alegación de dicha parte de que sólo a los que más venden se les proporciona el transporte gratis, lo cual nada tiene que ver con esa discriminaciones debidamente acreditadas.

Por último, se ha de rechazar, igualmente, la alegación de la recurrente de falta de motivación de la cuantía de la sanción impuesta a dicha parte, lo que supondría una vulneración del principio de proporcionalidad, pues, aparte de que dicha cuantía se encuentra dentro de los límites fijados por la *Ley(art.10) para la infracción del artículo 1* (hasta 901.518,16 euros), lo cierto es que el acto recurrido justifica esa cantidad de 25.000.000 de ptas(150.253,03 €) en que las citadas conductas son graves teniendo en cuenta que los acuerdos son tendentes a controlar el mercado minorista de una asociación empresarial y en la prolongada duración de las conductas por tiempo superior a dos años; de igual forma, la resolución pondera otros factores que benefician a la imputada, lo que lleva a moderar la sanción en ese importe final descrito. Todos estos razonamientos no han sido desvirtuados en ningún caso por la recurrente, y este Tribunal considera que dicha cuantía de la multa se ajusta a tales circunstancias.

QUINTO.- 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 Contencioso Administrativa* .

FALLAMOS

DESESTIMANDO el recurso contencioso administrativo interpuesto por ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE BIZKAIA EDITORES Y DISTRIBUIDORES DE PRENSA Y PUBLICACIONES, representada por el Procurador de los Tribunales don Juan Carlos Estévez Fernández Novoa, la Resolución del Tribunal de la Competencia de 31 de octubre de 2000, por la que se le declara a dicha parte recurrente incurso en una práctica prohibida en el *art. 1.1, a),b) y c) de la Ley de Defensa de la Competencia* , se le intima para abstenerse en determinadas conductas, se le impone una multa de 25.000.000 de ptas (150.253,03 €) y se

le obliga a publicar la citada resolución en el Boletín Oficial del Estado, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la citada resolución recurrida por ser conforme a derecho.

No procede expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el *art. 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* .

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.