

Id Cendoj: 28079230062007100528  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 248 / 2006  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

SANCIÓN POR CONDUCTAS PROHIBIDAS

**SENTENCIA**

Madrid, a ocho de noviembre de dos mil siete.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 248/06 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A. representada por el Procurador Sr. Rodríguez Nogueira 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 22 de mayo de 2006, relativa a sanción por conductas prohibidas y la cuantía del presente recurso 75.000 euros; siendo codemandada Federación Española de Industrias de Alimentación y Bebidas representada por el Procurador Sr. García Martínez. Ha sido Ponente la Magistrado D<sup>a</sup> Mercedes Pedraz Calvo.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO-. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 20 de junio de 2006 . La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso y se anule la resolución impugnada.

TERCERO-. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

La codemandada contestó igualmente a la demanda mediante escrito en el cual recogió los fundamentos de hecho y derecho que estimó de rigor solicitando la desestimación del recurso.

CUARTO-. Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO-. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 6 de noviembre de 2.007 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones

legales.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 22 de mayo de 2006 en el Expediente 5891/2005 FIAB Grandes Superficies (2434/02 del SDC) resolviendo el expediente iniciado por la denuncia formulada por la Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas hoy codemandada contra cuatro entidades mercantiles, entre ellas la hoy actora CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A.

El TDC resolvió declarar que la actora es responsable de una infracción sancionada por el *artículo 1.1.a) de la Ley 16/89* por concertar sus políticas comerciales imponiendo a sus suministradores un sistema homogéneo de seguridad, a través de la instalación de etiquetas antihurto en origen, imponiéndole una multa de 75.000 euros, e intimándole para que se abstenga en lo sucesivo de realizar dicha conducta.

SEGUNDO-. Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

1º nulidad radical de las actuaciones posteriores al acuerdo de archivo de la denuncia por parte del SDC

2º ausencia de aptitud restrictiva de la carta de 19 de junio de 2002.

Por su parte tanto el Abogado del Estado como la codemandada consideran que la resolución impugnada es conforme a derecho y debe confirmarse, al existir conducta sancionable, y estar correctamente calculada y proporcionalmente impuesta la sanción.

TERCERO-. El exámen de los motivos de impugnación alegados por la recurrente exige determinar en primer lugar si una vez dictada resolución de archivo por el SDC debe mantenerse el mismo puesto que, según alega "el objetivo del *artículo 36 bis 1.a) LDC* no es otro que el de reconocer al SDC un margen de discrecionalidad suficiente para que pueda archivar una denuncia cuando haya comprobado que el comportamiento denunciado carece de efectos".

Esta Sala entiende que efectivamente el *artículo 36 bis 1 de la Ley 16/1989* establece literalmente:

"36 bis. Supuestos de inadmisión y terminación convencional.

1. El Servicio de Defensa de la Competencia podrá:

a) Acordar la no iniciación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los *artículos 1 y 6* que, por su escasa importancia, no afecten de manera significativa a las condiciones de competencia."

Pero igualmente resulta que el *artículo 47 de la misma ley* establece:

47. Recurso contra los actos dictados por el Servicio de Defensa de la Competencia.

Los actos del Servicio de Defensa de la Competencia que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, serán recurribles ante el Tribunal de Defensa de la Competencia en el plazo de diez días."

En la página 494 y siguientes del expediente obra el recurso que la representación de FIAB interpuso contra la resolución de 27 de junio de 2003 del Servicio de Defensa de la Competencia, dictándose por el TDC en aplicación de lo dispuesto en el citado *artículo resolución de 14 de junio de 2004* por la que se acuerda "Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la apertura de un expediente para, a los efectos oportunos, esclarecer si los hechos denunciados constituyen conductas prohibidas por la LDC".

Resulta en consecuencia que el TDC ordenó esclarecer los hechos previo expediente. Este, previo esclarecimiento de los hechos concluyó con la proposición del propio SDC (páginas 762 y siguientes) al TDC de declarar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el *Art. 1 de la ley 16/89* "consistente en la adopción y difusión de un acuerdo de fijación de condiciones comerciales".

No se aprecia en consecuencia la nulidad denunciada, debiendo desestimarse este primer motivo de

recurso.

CUARTO-. El texto literal de la carta que se encuentra en el origen de estas actuaciones era el siguiente:

"Desde hace varios años la distribución comercial española viene sufriendo los efectos de la pérdida desconocida. En el último informe de AECOC esta última se cuantifica en unos 250.000 millones de pesetas.

Delante de esta problemática ha llegado el momento en que todos colaboremos en beneficio de todos (fabricantes, distribuidores y consumidores).

Para tal efecto, las cadenas firmantes, entre otras medidas, han puesto en marcha el proyecto de protección electrónica de artículo mediante sistemas de Radio Frecuencia Digital. La fase de instalación de sistemas en todos los puntos de venta ya ha concluido y ahora necesitamos su máxima colaboración para la puesta en marcha de los programas de protección en origen.

En tal sentido se comunica que todos aquellos productos que por su tamaño, costo, valor estratégico e importancia en el índice de hurto así lo justifiquen, deberán ser entregados al canal de distribución debidamente protegidos con etiquetas de Radio Frecuencia desactivables de 8,2 Mhz.

Para aclarar cualquier duda sobre el particular, dirijase a su interlocutor habitual."

El TDC analiza la diferencia entre las conductas anticompetitivas que lo son por constituir restricciones por su objeto y aquellas otras en las que las restricciones están ocasionadas por sus efectos negativos para la competencia, señalando que es suficiente que el objeto de los acuerdos sean anticompetitivo.

La actora sostiene que tanto el TDC como el SDC han reconocido la ausencia de efectos del supuesto acuerdo anticompetitivo y que según el Tribunal Supremo "la toma de en consideración de la concurrencia de efectos restrictivos provocados por las conductas es un paso obligado, puesto que la ausencia de tales efectos podrá indicar que no se trata de conductas reprochables" (página 8 del escrito de demanda).

El exámen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo pone de manifiesto que por este se ha admitido la sanción de conductas anticompetitivas que lo son por su objeto. En primer lugar, en la sentencia de 5 de abril de 2005 se recuerda cual es el marco constitucional de la defensa de la competencia:

"Debe significarse que la legislación sobre defensa de la competencia, que constituye un desarrollo del artículo 38 de la Constitución y que pretende disciplinar el libre mercado de modo que los empresarios puedan competir en régimen de igualdad de condiciones, tiene como objeto, según subraya el Tribunal Constitucional en la sentencia 264/1993, de 22 de julio, la ordenación de la libertad de defensa de la competencia mediante la prevención y, en su caso, la represión de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado, que promueve la intervención de los poderes públicos para declarar la nulidad de conductas colusorias o de abusos de posición dominante, en garantía del derecho de defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, decisiones, o actuaciones atentatorias de la libertad de competencia que alteren el mercado de producción o distribución de los productos ofrecidos por las empresas, que a su vez, pueden constituir restricciones en perjuicio de los consumidores cuyos legítimos intereses económicos, así como su seguridad y salud garantiza el artículo 51 de la Constitución".

Es decir: el sistema no está ordenado únicamente para la represión, la prevención constituye una parte fundamental del mismo, persiguiéndose las prácticas, acuerdos, decisiones o actuaciones que afecten la libre competencia o puedan constituir restricciones.

En la sentencia de fecha 11 de noviembre de 2005, el Alto Tribunal concreta cual es el contenido de la infracción por la que se sanciona a la recurrente, indicando que basta con la propia adopción de la decisión, aún sin "hechos aplicativos":

"En efecto, en segundo lugar y sobre todo no puede olvidarse que, sea cual fuere la eficacia práctica de las cláusulas estatutarias, lo que en realidad se sanciona es la decisión de la entidad actora de prohibir un determinado comportamiento a sus asociados y tal conducta no requiere más hecho aplicativo que la

propia adopción de la decisión prohibitoria o, en el caso de autos, el mantenimiento de dicha decisión plasmada en los propios Estatutos de la entidad actora una vez que dicha decisión había devenido contraria a la ley. Por consiguiente y tal como afirma la Sala de instancia, resultaría irrelevante el hipotético incumplimiento de dicha prohibición por parte de los ganaderos pertenecientes a la Unión de Criadores de Toros de Lidia, pues ello no impedía que la prohibición estatutaria fuera susceptible de afectar de manera relevante a la competencia y, en cuanto tal, que quedase comprendida en el *artículo 1.1 a) de la Ley de Defensa de la Competencia* ."

Se alega igualmente que "la carta no tenía por objeto la colusión entre competidores ni la reducción de la tensión competitiva entre las empresas en su actividad en el mercado, sino la eliminación de un problema que afecta gravemente al sector de la fabricación y distribución".

En la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2005 , y en relación con la intencionalidad en la adopción de acuerdos anticompetitivos el Alto Tribunal razona:

"En cualquier caso, comenzando por la primera de las alegaciones en que se basa el motivo, sostiene la empresa actora que el acuerdo profesional no pretendía alterar la libre competencia sino hacer frente a la susodicha crisis estructural del sector. En realidad, se trata de un argumento irrelevante, porque la razón por la que el citado acuerdo es considerado contrario a los *artículos 1.1.a) y c) de la Ley de Defensa de la Competencia* no es tanto la finalidad o intención del acuerdo en si misma considerada, sino porque el acuerdo, tanto por su propio contenido como por sus efectos, era contrario a dichos preceptos. Esto es, ni la resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia ni la Sentencia que ahora se impugna ponen en cuestión que el acuerdo profesional tratase de hacer frente a una situación desfavorable del sector, fuese cual fuese su gravedad, sino porque, aunque tuviese esa pretensión, incurría en conductas prohibidas. La cuestión, pues, no es tanto la finalidad subjetiva de las empresas, cuanto la finalidad objetiva del acuerdo según sus propias estipulaciones."

A la vista de la jurisprudencia expuesta, a juicio de esta Sala debe concluirse con el TDC que la carta litigiosa, remitida por conducto notarial a un conjunto de empresas fabricantes de productos al parecer considerados como "productos que por su tamaño, costo, valor estratégico e importancia en el índice de hurto" constituye un acuerdo. Que dicho acuerdo ha sido adoptado por un conjunto de empresas que tienen unas características que a su vez confieren al mismo especial trascendencia a los efectos de valorar la aplicación del *artículo 1 LDC* : son competidores directos en el sector de la distribución minorista, en su conjunto tienen una cuota muy elevada del sector de la distribución minorista, y ponen en marcha un sistema que difiere radicalmente del anterior, al trasladar al fabricante la obligación de proteger los productos. Esta última cuestión es especialmente trascendente, dado que las pérdidas por los hurtos las sufren los firmantes de la carta, mientras que tratan de trasladar la responsabilidad (y con ella el coste) de la instalación de los nuevos dispositivos antihurto a los fabricantes.

A tales efectos no es trascendente que la coordinación para la imposición de condiciones comerciales se llevara a cabo con la finalidad de evitar pérdidas económicas puesto que indudablemente se trata de un acuerdo prohibido por el *artículo 1,pfo. 1 letra a)*.

La fijación de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio "de forma directa o indirecta", están prohibidas por el *apartado 1.a) del artículo 1 de la Ley* , con independencia de la pretensión última de quien incurra en dicha conducta. Y tampoco en este caso resulta relevante la circunstancia señalada por la actora de que no podía imponerse "en tanto que el mercado de las bebidas alcohólicas la mayor parte de la distribución no procede de las grandes superficies" porque aún admitiendo que el conjunto de los grandes del sector de la distribución minorista no pudiera imponer el sistema antihurto que propone expresamente en la carta litigiosa, resulta indiscutible que en la misma se fija una condición comercial, que incurre plenamente en la conducta prohibida del *artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia* . La carta refleja el acuerdo entre una serie de empresas de un sector que establece una "ordenación" del mercado consistente en la imposición de un sistema antihurto que debe ser instalado por los fabricantes, lo que a su vez constituye un concierto de voluntades que puede modificar y restringir la competencia

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del segundo motivo de recurso.

En cuanto a la alegada "desproporción respecto a la conducta imputada y a sus nulos efectos" de la sanción, esta Sala entiende que la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia ha valorado correctamente la relevancia de la infracción desde la perspectiva de la proporcionalidad de la sanción, y así se razona en el fundamento 4 de la misma, en el que se mencionan los criterios contemplados en el *artículo 10.2 de la Ley* . Las consideraciones que contiene son razonables, no habiendo ignorado ninguna de las

circunstancias relevantes para la imposición de la sanción, fijada en el grado mínimo, y dentro de este, en una cuantía igualmente situada dentro de la franja inferior de las posibles multas.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

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 Contenciosa Administrativa* .

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

## **FALLAMOS**

Que debemos DESESTIMA

R y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A. contra el Acuerdo dictado el día 22 de mayo de 2006 por el Tribunal de Defensa de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el *art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial* .

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.