

Id Cendoj: 28079230062007100584
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 241 / 2006
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

PRÁCTICA RESTRICTIVA DE LA COMPETENCIA. ART. 1 LDC. CONCIERTO DE POLITICAS COMERCIALES IMPONIENDO A LOS SUMINISTRADORES UN SISTEMA DE SEGURIDAD A TRAVÉS DE LA INSTALACIÓN DE ETIQUETAS ANTIHURTO.

SENTENCIA

Madrid, a quince de noviembre de dos mil siete.

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 241/06, se tramita a instancia de la entidad EL CORTE INGLES, S.A., representada por el Procurador D. Cesar Berlanga Torres, contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 22 de mayo de 2006, sobre conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. Personándose como codemandadas la entidad CARREFOUR, S.A. representada por El Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira y la entidad FEDERACION ESPAÑOLA DE INDUSTRIAS DE ALIMENTACION Y BEBIDAS (FIAB) representada por el Procurador D. Antonio García Martínez; siendo la cuantía del mismo 75.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 12 de junio de 2006, este recurso respecto del acto antes aludido; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella 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 literalmente dijo: "que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tener formalizada demanda contra la Resolución del TDC de 22 de mayo de 2006 recaída en el Expediente nº 589/05 FIAB/Grandes Superficies y por devuelto el expediente administrativo correspondiente y, en su día, se dicte sentencia por la que se declare que El Corte Inglés no ha infringido el *artículo 1.1 a) LDC* y, por consiguiente, anule la citada Resolución del TDC.

Subsidiariamente, anule, o en su caso, bien imponga una multa meramente simbólica, bien reduzca significativamente la multa sancionadora de 75.000 euros (setenta y cinco mil euros), por ausencia de culpabilidad y por infracción de los principios proporcionalidad e igualdad."

2. 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 tenga por contestada la demanda deducida en el presente litigio y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho. ".

3. Mediante diligencia de ordenación de 21 de marzo de 2007 se dio traslado al Procurador D. Antonio García Martínez, en representación de la entidad codemandada FEDERACION ESPAÑOLA DE INDUSTRIA DE ALIMENTACION Y BEBIDAS (FIAB), para que contestara la demanda, lo que hizo en tiempo; concretando su petición en el suplico de la misma en el que literalmente dijo: "Que tenga por presentado en debido tiempo y forma el Escrito de Oposición a la demanda sustanciada en el presente litigio y previos los trámites legales oportunos proceda a la desestimación íntegra del recurso presentado por la Parte Demandante contra la Resolución objeto de impugnación por ser ésta conforme a Derecho."

4. Mediante diligencia de ordenación de 21 de marzo de 2007 se dio traslado al Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en representación de la entidad codemandada CARREFOUR, S.A., para que contestara la demanda, lo que hizo en tiempo; concretando su petición en el suplico de la misma en el que literalmente dijo: "Que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y tenga por contestada la demanda presentada en el recurso contencioso-administrativo nº 241/06 contra la Resolución dictada el 22 de mayo de 2006 por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el Expediente 589/05."

5. No habiendo solicitado el recibimiento a prueba del recurso ni el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de 18 de septiembre de 2007 se señaló para votación y fallo el día 6 de noviembre de 2007, en que efectivamente se deliberó y votó.

6. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo por la entidad El Corte Inglés, S.A. la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 22 de mayo de 2006 (dictada en el expediente 589/05 FIAB/Grandes Superficies) por la que, entre otras cosas, se acuerda declarar que la referida entidad recurrente, así como Alcampo, S.A., Grupo Carrefour y Mercadona "son responsables de una infracción sancionada por el artículo 1.1 a) de la Ley de Defensa de la Competencia", por concertar sus políticas comerciales imponiendo a sus suministradores un sistema homogéneo de seguridad, a través de la instalación de etiquetas antihurto".

En concreto la resolución impugnada en lo que aquí interesa, acuerda:

"...SEGUNDO.- Imponer a cada una de las mencionadas empresas la multa de 75.000 euros...
...CUARTO.- Ordenar a las entidades sancionadas a la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la páginas de economía de dos de los diarios de información general de entre los cinco de mayor difusión en el ámbito nacional, con multa coercitiva de 600 euros por cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación de publicar."

La resolución impugnada puso fin a un procedimiento administrativo sancionador incoado por el Servicio de Defensa de la Competencia a raíz de una denuncia presentada por la ahora codemandada, la Federación Española de Industrias de Alimentación y Bebidas (FIAB).

Dicha denuncia se formuló contra la ahora recurrente y las otras tres citadas empresas, por supuestas conductas prohibidas por los artículos 1 y 6 de la entonces vigente Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, así como del artículo 81 del Tratado de la Unión Europea, consistente en un acuerdo entre las denunciadas para la imposición a sus suministradores de un sistema homogéneo de seguridad, mediante etiquetas antihurto en origen, para todos aquellos productos que por su tamaño, costo, valor estratégico e importancia en el índice de hurto lo justificaran. Dicho acuerdo se había suscrito en Madrid por lo Jefes de compras de las entidades denunciadas ante Notario bajo la denominación de "Proyecto de protección electrónica de artículos mediante sistema de radiofrecuencia digital".

2. La recurrente alega en los fundamentos jurídico-materiales de su escrito de demanda en pos de la anulación de la resolución impugnada lo siguiente: 1) inexistencia de conducta sancionable, al no haber existido el concurso de voluntades exigidos por la normativa de competencia para que se produzca una práctica restrictiva, ya que no fue ratificada la carta que motivó la denuncia y haberse apartado

expresamente El Corte Inglés de la misma; 2) subsidiariamente, infracción del *artículo 10 LDC* ante la ausencia de culpabilidad en un procedimiento administrativo sancionador; 3) también de manera subsidiaria, para el caso de que la Sala entienda que existió infracción, falta de proporcionalidad en la aplicación de los criterios del citado precepto sancionador al graduar la multa impuesta; y, 4) finalmente, solicita la reducción de la multa impuesta.

El Abogado Estado y la codemandada -la FIAB- se oponen a lo manifestado por la parte recurrente, alegando, en primer término, la existencia de conducta sancionable a tenor del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia* y a la luz de la jurisprudencia que la interpreta, pues la carta remitida a los proveedores de las cuatro compañías líderes del mercado de la distribución se refería al acuerdo que tales compañía efectivamente alcanzaron y elevaron a documento público ante Notario y cuyo contenido no era otro que imponer a los proveedores una condición comercial de forma unilateral, pretendiendo así trasladar el coste financiero destinado a solventar un problema como era el de la "pérdida desconocida" de productos de estas empresas a otras (los proveedores); en segundo término que nos encontramos ante un acuerdo contrario a la libre competencia, adoptado por cuatro empresas, que son competidoras directas en el sector de la distribución minorista, que implica la coordinación para la fijación de condiciones comerciales y que produce el efecto de trasladar al sector de los proveedores gran parte de la responsabilidad de la seguridad de los productos; y como en último término; en cuanto a la proporcionalidad, manifiesta que ya se han tenido en cuenta las circunstancias concretas y relevantes, de acuerdo con los criterios establecidos por el *art. 10.2 LDC*.

3. Por lo que se refiere al primer motivo de recurso, se alega por la demandante que no ha existido intencionalidad o "ánimo anticompetitivo" y que tampoco se ha producido un efecto contrario a la Ley de la Competencia.

Antes de nada, ha de partirse de la realidad de los hechos que han motivado la incoación del expediente sancionador, hechos que se encuentran plenamente acreditados y que en ningún momento son objeto de discusión.

En concreto el texto literal de la carta 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, diríjase a su interlocutor habitual."

Pues bien, en cuanto a la inexistencia de un propósito de atentar contra la libre competencia del mercado, es reiterada la doctrina jurisprudencial que señala, en efecto, como hemos tenido ocasión de decir en otras ocasiones, que la decisión para sancionar una conducta empresarial por abuso de posición de dominio o para considerar un determinado acuerdo contrario a los *artículos 1.1a) y c) LDC*, no es tanto la finalidad o intención del acuerdo en sí misma considerada, sino porque el acuerdo, tanto por su propio contenido como por sus efectos, resulta contrario a dichos preceptos; esto es, no es el propósito subjetivo, sino que ha de atenderse a si el acuerdo o el acto es contrario a la libre competencia, o lo que es lo mismo si objetivamente puede considerarse antijurídica la actuación (en este sentido STS de 20 de junio de 2006).

Tampoco es la producción de un resultado lesivo lo que determina el carácter anticompetitivo y contrario al *art. 1 LDC* de las conductas contempladas en dicho precepto, como resulta claramente de los términos literales del mismo, cuando considera contrario a la Ley "todo acuerdo , decisión o recomendación que tenga por objeto o que produzca o pueda producir el efecto de impedir , restringir o falsear la

competencia en todo o en parte del territorio nacional".

Y como bien señala la resolución impugnada, nos encontramos ante un acuerdo contrario a la libre competencia, adoptado por cuatro empresas, que son competidoras directas en el sector de la distribución minorista, que implica la coordinación para la fijación de condiciones comerciales y que produce el efecto de trasladar al sector de los proveedores gran parte de la responsabilidad de protección de los productos, cuando este es un problema que atañe particularmente al sector distribución, en el que operan las empresas sancionadas.

En definitiva, la Sala concluye con el TDC que la misiva litigiosa, remitida por conducto notarial a un conjunto de empresas fabricantes de productos que "por su tamaño, costo, valor estratégico e importancia en el índice de hurto" constituye un acuerdo. Que tal acuerdo ha sido adoptado por una pluralidad de empresas que tienen unas características que, a su vez, confieren a dicho acuerdo una especial relevancia a los efectos de valorar la aplicación del *art. 1 LDC* al ser, en primer término, competidores directos en el sector de la distribución minorista (en su conjunto tienen una cuota muy elevada del sector de la distribución minorista tanto en España como en Europa) y ponen en marcha un sistema que difiere radicalmente del anterior, al trasladar al fabricante la obligación de proteger los productos, productos que por sus especiales características sufren las denominadas "pérdidas desconocidas", pérdidas que obviamente las sufren, debido a los hurtos que padecen, los firmantes de la carta quienes, en definitiva, tratan de trasladar la responsabilidad (y, por lo tanto, el coste) de las instalaciones de los nuevos dispositivos antihurto a los fabricantes.

En conclusión, y tal como, por lo demás, admite EL CORTE INGLES, S.A. en su propio escrito de conclusiones, se entiende por restricciones de la competencia aquellas que por su propia naturaleza poseen un potencial de restringir la competencia y el hecho que cuatro de los mayores grupos de distribución nacional se pongan de acuerdo ante notario para exigir determinadas condiciones comerciales a sus proveedores no puede quedar fuera de los acuerdos prohibidos por el *art. 1.1a*) que prohíbe la fijación de precios o "de otras condiciones comerciales o de servicio de forma directa o indirecta" y, se reitera, con independencia de la pretensión última de quien incurra en dicha conducta.

En definitiva, la carta fijaba una condición comercial incurso plenamente en la conducta prohibida de *art. 1.1a*) de la *Ley de Defensa de la Competencia* al reflejar un acuerdo entre las referidas empresas del sector de la distribución alimentaria que establece una "ordenación" del mercado consistente en la imposición de un sistema de etiquetas antihurto que debe ser instalado por los fabricantes, lo que a su vez constituye un acuerdo de voluntades para adulterar el mercado quebrantando el juego de la competencia a su favor.

4. En lo atinente a la graduación de la sanción tampoco la Sala puede aceptar la pretensión de la demandante cuando invoca el principio de proporcionalidad en relación con la imposición de una multa de 75.000 euros.

En cuanto al mercado relevante, no pueden aceptarse las alegaciones relativas a la identificación del mercado relevante en este caso como únicamente el de "los licores". Baste leer el texto literal del acuerdo suscrito, para apreciar con meridiana claridad que la formulación original permite y está diseñada para poder extender la imposición unilateral de tales empresas a todos los proveedores de aquellos bienes que por su tamaño o precio fueran susceptibles de ser robados, abarcando así muchísimos productos y no solo las bebidas alcohólicas, sin perjuicio de que éstas aparezcan en una de las primeras posiciones en los denominados "rankings" de hurto o "pérdida desconocida", por lo que, sin duda, constituían un punto de inicio para la implementación de la condición comercial acordada, pero sin que nada permita apreciar la exclusión de otros proveedores.

En definitiva, y frente a lo que por la demandante se alega, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha tomado en consideración todas las circunstancias concretas y relevantes, de acuerdo con los criterios legales (*artículo 10.2 LDT*) teniendo a la vista el mercado de producto afectado y el hecho indiscutible de que el acuerdo afectaba a todo el territorio nacional. Asimismo, han sido tomadas en consideración el volumen de ventas en dicho mercado, del que casi el 30 % de la venta a nivel nacional de licores y bebidas espirituosas se realiza por las grandes empresas del sector de la distribución, dentro del cual, sin ningún género de dudas, las cuatro empresas sancionadas ostentaban la posición de auténticas líderes (la demandante, junto con las otras tres que fueron objeto de la denuncia), habiéndose calculado la cuota presencial en el mercado del acuerdo anticompetencia y los efectos que este produjo sobre aquél y fijándose, finalmente, la sanción en cuestión en su grado mínimo, y dentro de este, en una cuantía igualmente situada dentro del tramo inferior de las posibles multas a imponer.

5. De todo lo anterior se deriva la procedencia de desestimar el recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho al resultar inadmisibile la solicitud con arreglo al *artículo 102.3 de la Ley 30/1992* .

No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el *artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio* , reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad EL CORTE INGLES, S.A., contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 22 de mayo de 2006, a que las presentes actuaciones se contraen por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el *artículo 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 Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe