



Roj: **SAN 1864/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:1864**

Id Cendoj: **28079230062014100243**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **15/04/2014**

Nº de Recurso: **484/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

Madrid, a quince de abril de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso-administrativo nº 484/12 que ante esta Sección Sexta de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional ha promovido **TODO PARA EL COLE, S.L.** representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Cayetana de Zulueta y Luchsinger contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 16 de agosto de 2012 (expediente S/0394/11) sobre denuncia presentada por supuestas prácticas contrarias al art. 2 de la Ley 15/07, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia . La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. La cuantía del recurso es indeterminada.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** El 16 de agosto de 2012 el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó resolución en el expediente S/0394/11, tramitado por la Dirección de Investigación de la CNC a raíz de la denuncia presentada por **TODO PARA EL COLE S.L.** contra los colegios La Anunciata y Nuestra Señora del Rosario, por supuestas prácticas contrarias al artículo 2 de la Ley 15/07, de 3 de julio de Defensa de la Competencia con la siguiente parte dispositiva:

"*UNICO:* Con amparo en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia , no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones reservadas seguidas con el número S/0394/11, por considerar que no hay indicios de infracción de los artículos 1 y 2 de la mencionada Ley . "

**SEGUNDO:** El 22 de octubre de 2012 la representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicho acto ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la Sección Sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 26 de junio de 2013 la parte solicitó se dicte sentencia declarando no ser conforme a derecho la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 16 de agosto de 2012, recaída en el expediente S/0394/11 o, subsidiariamente, condene a la Comisión a practicar las diligencias de investigación necesarias, para el completo y adecuado esclarecimiento de los hechos a fin de que pueda dictarse una resolución fundada al respecto de la incoación o no del procedimiento sancionador.

Se emplazó al Abogado del Estado para que contestara a la demanda presentando escrito en el que solicitó la desestimación del recurso.

No solicitado el recibimiento del pleito a prueba y una vez presentadas conclusiones quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 8 de abril de 2014, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales. .

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente la Ilma. Sra. Doña **ANA ISABEL RESA GOMEZ**, Magistrada de la Sección.



## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**PRIMERO:** El acto impugnado es una resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007 acuerda no incoar un procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones seguidas por la Dirección de Investigación por considerar que en los hechos que se denuncian no se aprecian indicios de infracción del artículo 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea (actualmente artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) .

Son datos fácticos a tener en cuenta para la resolución del presente contencioso, los siguientes:

1.- Con fecha 24 de noviembre de 2011, la entidad Todo para el Cole S.L, presentó denuncia, ante el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia, contra los colegios La Anunciata y Nuestra Señora del Rosario, por prácticas contrarias al artículo 2 de la LDC , consistentes en acordar la venta exclusiva de sus uniformes escolares con El Corte Inglés S.A. (en adelante El Corte Inglés), discriminando en consecuencia a la denunciante.

2.- A la vista de dicha denuncia, la Dirección de Investigación de la CNC (DI) inició una información reservada (nº de referencia S/0394/12), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC , con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen, en su caso, la incoación de expediente sancionador.

4.- En el marco de dicha información reservada, con fecha 1 de febrero de 2012, la DI solicitó información a la Fundación Educativa Francisco Coll sobre su relación con los colegios denunciados y la distribución de sus uniformes, y, en particular, sobre el contrato de suministro de uniformes con El Corte Inglés, que fue contestada el 23 de febrero de 2012.

5.- Con fecha 29 de marzo de 2012 se recibe en el Consejo de la CNC, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la LDC , propuesta de la Dirección de Investigación de no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada, por considerar que no hay indicios de infracción de la citada Ley.

**SEGUNDO:** Alega la actora como fundamento de su pretensión anulatoria la ilegalidad del acuerdo recurrido al existir indicios más que razonables de infracción de la LDC y porque no se han practicado las diligencias mínimas e imprescindibles para el esclarecimiento de los hechos.

La DI comienza su análisis considerando que en el mercado de centros de enseñanza *"a priori, y sin ser necesario entrar en particularidades, ningún centro ostenta posición de dominio"*.

Señala que *"la decisión de cada centro de imponer el uso de uniforme y de si éste ha de estar o no personalizado con su respectivo escudo, sería una decisión individual de cada colegio en el marco de la libertad de empresa, como derecho constitucional"*.

*"De igual manera, la decisión del centro de comercializar él mismo el uniforme o ceder la comercialización a otra empresa habría que encuadrarla, en principio, como una decisión exclusivamente empresarial que sólo estaría sometida a la normativa de competencia en la medida en que cumpla los requisitos de aplicación de los artículos 1 , 2 y /o 3 LDC"*

A continuación se analiza la comercialización de los uniformes escolares diferenciando entre el supuesto en el que el centro escolar decide comercializar sus propios uniformes, y aquellos en los que decide hacerlo a través de un distribuidor mediante convenios que incluyen disposiciones sobre cesión o uso de derechos de propiedad industrial, en este caso, de marca/diseño, cuyo objeto es el suministro, generalmente en exclusiva, de uniformes escolares con el distintivo del centro escolar. Los distribuidores compiten entre sí en el momento previo a la suscripción de los contratos con cada centro. La DI considera que la exclusiva es una contraprestación que podría estar justificada siempre y cuando los contratos sean a un plazo inferior a cinco años, de forma que *"cualquier otro distribuidor podrá optar a estos convenios, y convertirse en el distribuidor en exclusiva si mejora las condiciones de oferta a los centros escolares"*.

En el caso que ahora nos ocupa la DI fundamenta la propuesta de archivo en la siguiente consideración:

*"En consecuencia, a la vista de lo anteriormente expuesto, la Fundación habría hecho uso de su derecho constitucional de no explotar directamente la marca de los uniformes, sino de cedérsela a una entidad (El Corte Inglés), en unas condiciones que no limitan la posibilidad de otros distribuidores de competir, en tanto que el contrato no es exclusivo a favor de un solo centro (El Corte Inglés) y la Fundación está negociando con otros distribuidores"*.



Considera por tanto el Abogado del Estado en base a ello que la incoación de un procedimiento sancionador es una potestad discrecional de la Administración y que la decisión de archivo está suficientemente motivada.

**TERCERO:.** La cuestión que debe abordarse en el presente caso es la relativa a delimitar cuales son las obligaciones de la autoridad de competencia cuando una persona física o jurídica presenta una denuncia por práctica anticompetitiva, y más en concreto si existe por parte de dicha administración una obligación de investigación, el curso en que en cuanto al fondo debe darse a cada denuncia y la extensión del control jurisdiccional en estos casos.

La STPI de 18 de septiembre de 1992 asunto T-24/90 Automec, apartados 73 a 81, respondió a estas cuestiones con una doctrina que se ha mantenido inalterada con el paso del tiempo. Por su interés y aplicabilidad para el presente asunto, se reproducen los apartados 73 a 81 de dicha resolución, sin que los cambios normativos producidos desde entonces afecten en lo esencial a la "ratio" de la doctrina contenida en la resolución citada:

" 73. Para definir las obligaciones de la Comisión en este contexto, debe recordarse, con carácter preliminar, que es responsable de la aplicación y de la orientación de la política comunitaria de la competencia (véase la sentencia del Tribunal de Justicia, de 28 de febrero de 1991, Delimitis, C-234/89 , Rec. pp. 935 y ss., especialmente p. 991). Esta es la causa de que el apartado 1 del artículo 89 del Tratado le asigne la misión de velar por la aplicación de los principios establecidos por los artículos 85 y 86 y de que las disposiciones adoptadas con base en el artículo 87 le confieran amplias facultades.

74. El alcance de las facultades de la Comisión en el ámbito del Derecho de la competencia debe examinarse a la luz del apartado 1 del artículo 89 del Tratado, que, en este ámbito, constituye la manifestación concreta de la misión general de vigilancia confiada a la Comisión por el artículo 155 del Tratado. Ahora bien, como ha señalado el Tribunal de Justicia en el marco del artículo 169 del Tratado ( sentencia de 14 de febrero de 1989, Star Fruit/Comisión, 247/87 , Rec. pp. 291 y ss., especialmente p. 301), dicha misión no implica que la Comisión esté obligada a iniciar procedimientos que tengan como objeto probar posibles violaciones del Derecho comunitario.

75 A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia señala que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ( sentencia de 18 de octubre de 1979 , GEMA, antes citada, pp. 3173 y ss., especialmente p. 3189) se desprende que, entre los derechos conferidos a las partes denunciadas por los Reglamentos n° 17 y n° 99/63 , no figura el de obtener una Decisión, en el sentido del artículo 189 del Tratado, en cuanto a si existe o no la supuesta infracción. De ello se deduce que la Comisión no puede estar obligada a pronunciarse al respecto, salvo cuando el objeto de la denuncia entra dentro de sus competencias exclusivas, como ocurre con la revocación de una exención concedida con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado.

76 Como la Comisión no tiene la obligación de pronunciarse sobre si existe o no una infracción, no puede ser obligada a llevar a cabo una investigación, ya que ésta no podría tener más objeto que averiguar los elementos de prueba relativos a si existe o no una infracción que ella no está obligada a declarar. A este respecto, procede recordar que, a diferencia de lo que prevé la segunda frase del apartado 1 del artículo 89 del Tratado, en los casos de las solicitudes presentadas por los Estados miembros, los Reglamentos n° 17 y n° 99/63 no obligan expresamente a la Comisión a iniciar investigaciones sobre las denuncias que le sean presentadas.

77 A este respecto, debe señalarse que constituye un elemento inherente al ejercicio de la actividad administrativa la competencia, del titular de una misión de servicio público, de adoptar todas las medidas de organización necesarias para el cumplimiento de la misión que le haya sido confiada, incluida la definición de prioridades, en el marco establecido por la ley, cuando tales prioridades no han sido definidas por el legislador. Así debe ser, especialmente, cuando a una autoridad le ha sido confiada una misión de vigilancia y de control tan amplia y general como la atribuida a la Comisión en el ámbito de la competencia. Por tanto, el hecho de que la Comisión conceda diferentes grados de prioridad a los expedientes que le son sometidos en el ámbito de las normas sobre la competencia, es conforme a las obligaciones que le impone el Derecho comunitario.

78 Este punto de vista no es contrario a las sentencias del Tribunal de Justicia, de 11 de octubre de 1983 ( 210/81 ), antes citada ; de 28 de marzo de 1985 , CICCE (298/93, Ree. p. 1105 ), y de 17 de noviembre de 1987, BAT y Reynolds / Comisión (asuntos acumulados 142/84 y 156/84 , Rec. p . 4487). Efectivamente, en la sentencia Demo-Studio Schmidt, el Tribunal de Justicia consideró que la Comisión «tenía que examinar los hechos expuestos» por la parte denunciante, sin prejuzgar, no obstante, la cuestión de si la Comisión podía abstenerse de llevar a cabo una investigación sobre la denuncia, ya que, en aquel asunto, la Comisión había examinado los hechos expuestos en la denuncia y la había desestimado por no haber elementos que permitiesen llegar a la conclusión de que existía una infracción. Dicha cuestión tampoco se planteó en los asuntos posteriores CICCE ( 298 / 83 , antes citado) y BAT y Reynolds (asuntos acumulados 142/84 y 156/84, antes citados).



79 No obstante, si bien la Comisión no puede ser obligada a llevar a cabo una investigación, las garantías procesales previstas en el artículo 3 del Reglamento nº 17 y en el artículo 6 del Reglamento nº 99/63 la obligan a examinar atentamente los elementos de hecho y de derecho puestos en su conocimiento por la parte denunciante, con el fin de determinar si dichos elementos revelan una conducta que pueda falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y afectar al comercio entre Estados miembros (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de octubre de 1983 , Demo-Studio Schmidt , de 28 de marzo de 1985, CICCE , y de 17 de noviembre de 1987 , BAT y Reynolds, antes citadas).

80. Cuando, como ocurre en el presente asunto, la Comisión ha adoptado una decisión de archivar la denuncia, sin llevar a cabo investigación alguna, el control de legalidad que debe efectuar este Tribunal tiene la finalidad de comprobar que la decisión controvertida no está basada en hechos materialmente inexactos, no está viciada de ningún error de derecho, ni tampoco de ningún error manifiesto de apreciación ni de desviación de poder.

81. Corresponde al Tribunal de Primera Instancia, a la luz de estos principios, comprobar en primer lugar si la Comisión realizó el examen de la denuncia al que estaba obligada, evaluando, con toda la atención necesaria, los elementos de hecho y de derecho expuestos por la demandante en su denuncia y, en segundo lugar, si la Comisión motivó correctamente su decisión de archivar la denuncia, invocando su facultad de «conceder diferentes grados de prioridad en la iniciación de actuaciones sobre los asuntos que le son sometidos», por un lado, y refiriéndose al interés comunitario del asunto como criterio de prioridad, por otro".

**CUARTO:** La anterior doctrina plantea y resuelve un supuesto que va, incluso, más allá de la realidad que subyace en el presente caso, pues subraya por una parte que no existe un derecho subjetivo del denunciante a obtener una declaración sobre la existencia o no de la infracción, lo que implica que no existe un deber jurídicamente exigible que imponga a la Comisión la obligación de iniciar una investigación, y por otra, que la autoridad de competencia, para el correcto ejercicio de las potestades que le han sido confiadas, puede, incluso, establecer grados de prioridad en las investigaciones.

En ambos casos, las referidas decisiones, tomadas necesariamente sobre la base de un examen pormenorizado de los hechos y alegaciones formulados por la denunciante, están sujetas a un ulterior control jurisdiccional, que excluye la valoración de la oportunidad en la toma de la decisión, pues se limita a verificar que la decisión controvertida, no está basada en hechos materialmente inexactos, no está viciada de ningún error de derecho, ni tampoco de ningún error manifiesto de apreciación, ni de desviación de poder.

En el presente caso, la acción de la CNC se enmarca en la primera de las opciones antes contempladas, es decir la obligación de pronunciarse sobre existencia o no de una concreta infracción.

**QUINTO:** La decisión de archivo de la denuncia por parte de la CNC viene precedida de una actividad de investigación preliminar, llevada a cabo por la DI. La CNC asumió plenamente los hechos y la propuesta, que realizó un análisis de la situación denunciada, cuya exhaustividad cuestiona la actora además de no compartir los razonamientos contenidos en la propuesta.

En estas circunstancias, debe descartarse la queja de la recurrente basada en la falta de motivación de la resolución recurrida, pues ésta contiene un relato suficiente de los hechos, en los que no se ha puesto de manifiesto que concurra una inexactitud grave causante de indefensión, y además, un razonamiento que permite a la recurrente comprender los motivos de la denegación de su petición, posibilitando el ejercicio de acciones judiciales como la que ha entablado en este caso. Por ello, debemos concluir que la resolución recurrida está suficientemente motivada.

Por lo que a los argumentos de la denunciante sobre fondo del asunto respecta, violación del artículo 2 de la LDC la resolución de la CNC contiene un razonamiento que no puede ser calificado tampoco como incurso en un manifiesto error de apreciación, arbitrariedad o constitutivo de una desviación de poder.

En efecto, dice la CNC que la denuncia se basa en la existencia de posición de dominio de la Fundación en el mercado de la venta de uniformes escolares para dos de sus colegios, y en que el acuerdo para la venta exclusiva de los uniformes y su negativa a llegar a un acuerdo con la denunciante en términos no discriminatorios respecto de los alcanzados con El Corte Inglés, constituyen una conducta de abuso de esa posición de dominio prohibida por el artículo 2 de la LDC .

La conducta denunciada sería calificable como una negativa de suministro, donde el titular de la marca, el Colegio, no permite que la distribución de uniformes con el signo distintivo registrado sea realizada por el denunciante, con quien no ha establecido previamente una relación comercial que le autorice al uso de la marca en los uniformes que distribuye, lo que si ha hecho con otros distribuidores como El Corte Inglés. Si se excluye con carácter general que se pueda delimitar un mercado a partir de la titularidad de una marca, no

cabe la posibilidad de hablar en este caso de posición de dominio por parte de la Fundación ni, por lo tanto, proceder a determinar un posible abuso de esa posición, en el marco del artículo 2 de la LDC .

Pero es que incluso la CNC va mas allá al considerar que la óptica desde la que se debe analizar el acuerdo entre la Fundación y El Corte Inglés, objeto de este expediente, en tanto que acuerdo vertical entre no competidores, es la del artículo 1 de la LDC , como también hace la DI en su Informe. Se trata, por lo tanto, de determinar si las condiciones del acuerdo en virtud del cual la Fundación, que dispone de un derecho exclusivo a utilizar en el tráfico económico una marca o distintivo, concede una licencia para su distribución durante cuatro años, afectan a la estructura competitiva de un mercado que, teniendo en cuenta el ámbito de actuación de Todo para el Cole y El Corte Inglés, podría definirse, en su delimitación más estrecha, como el de la confección y distribución de uniformes escolares con distintivos exclusivos en todo el territorio nacional. En este sentido, de la documentación que obra en el expediente no queda acreditado que el acuerdo en cuestión sea de distribución exclusiva. Los términos del contrato de distribución solo establecen exclusividad para las localidades donde existan centros de El Corte Inglés o de Hipercor, teniendo libertad la Fundación, previo aviso, para establecer acuerdos de distribución en otras localidades. Por otra parte la Fundación afirma que está negociando con otros distribuidores para llegar a acuerdos. En estas condiciones existe la posibilidad de que otros comercializadores participen en la distribución de los uniformes con los distintivos de la Fundación. Por otra parte, el hecho de no poder distribuir los uniformes de dos centros escolares de la Fundación, no impide a Todo para el Cole competir en el mercado afectado.

Pero incluso si el acuerdo entre Todo para el Cole y El Corte Inglés fuese de distribución exclusiva, dado el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para que pudiese ser considerado una conducta de las prohibidas por el artículo 1 de la LDC su duración debería ser superior a cinco años y las cuotas en el mercado de referencia, ya sea de la Fundación o de El Corte Inglés, deberían superar el 30%, de acuerdo con los criterios del Reglamento UE 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea . Como la duración del acuerdo es de cuatro años y en tanto no se ha acreditado que las cuotas de mercado superan el porcentaje señalado, de conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 1 de la LDC a dicho acuerdo no le sería de aplicación la prohibición del apartado 1 del mismo artículo.

Y es por ello por lo que el Consejo considera que en el acuerdo entre la Fundación y El Corte Inglés que tiene por objeto la distribución de los uniformes de los centros de enseñanza de la Fundación, no se aprecian indicios de una infracción del artículo 1 de la LDC , ni tampoco de posición de dominio del art. 2 de la LDC que motiven incoar un expediente sancionador.

En definitiva, no se aprecia por parte de la CNC un uso desviado de sus competencias que le haya llevado a la decisión de no incoar un expediente sancionador, por lo que procede desestimar el recurso.

**SEXTO:** De todo lo anterior deriva la procedencia de desestimar el presente recurso y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la recurrente, parte vencida en este proceso.

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

## FALLAMOS

### DESESTIMAR

el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **TODO PARA EL COLES.L.** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 16 de agosto de 2012 (expediente S/0394/11) a la que la demanda se contrae que declaramos ajustada a Derecho. Se imponen las costas a la parte actora.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma 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** .- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.