

Id Cendoj: 28079230062007100158
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 398 / 2005
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

SANCIÓN

SENTENCIA

Madrid, a seis de marzo de dos mil siete.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo núm. 398/05 que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales Sra. Amores Zambrano en nombre y representación de **TEMPUR** PEDIC ESPAÑA S.A. frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la Resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 31 de mayo de 2005, en materia relativa a sanción por conductas prohibidas, con una cuantía de 150.000 euros. Ha sido Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. La parte indicada interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de referencia mediante escrito de fecha 26-VII-2005. 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 parte actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando la estimación del recurso y la declaración de nulidad de la resolución impugnada o subsidiariamente se acuerde la reducción de la cuantía de la sanción impuesta a la actora, de acuerdo con la aplicación de los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.

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.

CUARTO-. La Sala acordó recibir a prueba el recurso practicándose la documental a instancias de la parte actora, con el resultado obrante en autos.

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 par votación y fallo del recurso la fecha del 27 de febrero de 2.007 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones

legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo el Acuerdo dictado el día 31 de mayo de 2002 por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente 579/04 (expte 579/04 Asturcolchon/ **tempur**) por el que acuerda:

"Primero.- "Declarar acreditada la realización por parte de **TEMPUR** PEDIC ESPAÑA S.A. de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el *artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa* de la competencia, consistente en la fijación vertical de precios mínimos de venta al público.

Segundo.- Imponer a **TEMPUR** PEDIC ESPAÑA S.A. como autora de esta conducta prohibida, la multa de ciento cincuenta mil euros.

Tercero.- Intimar **TEMPUR** PEDIC ESPAÑA S.A. para que se abstenga de realizar en el futuro esta conducta prohibida.

Cuarto.- Ordenar a **TEMPUR** PEDIC ESPAÑA S.A. la publicación a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de la misma en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de información económica de dos de los diarios de información general de mayor circulación de ámbito nacional. En caso de incumplimiento se le impondrá una multa coercitiva de 600 euros por cada día de retraso en la publicación."

SEGUNDO.- Se declaran probados y se dan por expresamente reproducidos los hechos declarados probados en la resolución impugnada.

La actora alega la inexistencia de prácticas restrictivas de la competencia por parte de **TEMPUR** PEDIC ESPAÑA S.A. consistentes en la fijación vertical de precios mínimos de venta al público y la prohibición de hacer descuentos y promociones, siendo el acto administrativo contrario al *Art. 1.1.a) de la LDC* y el *Art. 81.1 .a)* del Tratado CEE.

TERCERO.- La existencia de la práctica contraria al *artículo 1 LDC* por la que ha sido condenada la ahora recurrente ha sido plenamente acreditada: como pone de relieve el Abogado del Estado en sus contratos aparece la obligación del concesionario de vender los productos al precio que establece la recurrente sin excepciones. Igualmente se establece la "sanción" de resolución del contrato al distribuidor que incumpla la "recomendación" respecto del precio recomendado de venta al público" de hecho a ASTURCOLCHON le rescinden el contrato por no respetar las tarifas de precios de venta al público recomendados. Tampoco aparece la expresión "recomendados" en las listas de precios de venta al público, y además envía un escrito indicando qué descuento puede hacer y cuando.

Incluso admitiendo que la intención de la recurrente era únicamente de señalar un precio "recomendado", la fijación de precios vertical es una conducta prohibida por el *art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia 16/89* prevista concretamente en el párrafo I letra a) que tipifica "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 servicios".

La "recomendación" es una forma de fijación indirecta de precios, que si bien en ocasiones pudiera ser objeto de autorización (incluso la propia fijación vertical más allá de la simple recomendación) porque los efectos anticompetitivos que produce serían compensados por otras ventajas para los consumidores, en el supuesto enjuiciado no se ha acreditado ni siquiera alegado ventaja o beneficio alguno para el funcionamiento del mercado. Por el contrario, en el expediente litigioso se han puesto de manifiesto consecuencias anticompetitivas y ventajas exclusivamente para el fabricante, y sin ninguna ventaja para los consumidores.

Las consecuencias de la "recomendación", son para el juego de la competencia las mismas que las de la "fijación": predeterminar los precios a que los productos van a ser vendidos al consumidor final, eliminado así las tensiones competitivas entre los comerciantes y en definitiva, allanando el camino del fabricante para vender sus productos a un determinado precio final a costa de hacer desaparecer las ventajas que para el consumidor tiene la diferencia en los precios.

De cuanto se ha expuesto, y a la vista de las pruebas practicadas tanto en el expediente administrativo como en el recurso contencioso-administrativo, esta Sala considera que se ha acreditado la realización de conductas contrarias a la libre competencia tipificadas en el *art. 1.1. a) de la Ley 16/89* por la fijación de precios de sus productos de las que es responsable como autora la hoy recurrente.

CUARTO-. La actora alega en segundo lugar la dudosa constitucionalidad del *artículo 10 LDC* y que la cuantía de la sanción impuesta por el TDC es contraria al principio de proporcionalidad.

En cuanto a la primera cuestión, como ha señalado la doctrina, el precepto tiene una deficiente técnica legislativa pero los Tribunales han rechazado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, expresamente el Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de marzo de 2003 considerando que si bien la regulación de este precepto LDC puede tacharse de indeterminada, no por ello franquea los límites constitucionales establecidos con el carácter de garantía mínima.

El *artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia* ha previsto la imposición de multas y la previsión de su cuantía se realiza mediante la alusión a un tope máximo de 900.000 euros "cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal".

En el párrafo 2 se establece que la cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: la modalidad y alcance de la restricción de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota de mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; la duración de la restricción de la competencia y la reiteración de las conductas prohibidas.

El acto administrativo de imposición de una sanción ha de ser motivado, pero la motivación puede ser implícita, siempre que permita a los interesados conocer las razones por las que se adoptaron las medidas controvertidas y al órgano jurisdiccional competente disponer de los elementos suficientes para ejercer su control. Como ha recordado nuestro Tribunal Supremo, la motivación ha de ser suficiente, es decir, aún cuando fuera breve o sucinta, ha de contener en todo caso, la razón esencial de decidir, en lo dispuesto en el acto administrativo, de tal modo que el interesado pueda conocer con exactitud y precisión, el cuando, como y porqué de lo establecido por la Administración, con la amplitud necesaria para su adecuada posible defensa, permitiendo también a su vez a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de los datos fácticos y normativos que les permitan resolver la impugnación judicial del acto, en el juicio de su facultad de revisión y control de la actividad administrativa, sancionada en el *art. 106 de la Constitución*.

Como ya ha recordado esta Sala en anteriores ocasiones, la aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta o en consideración, razonadamente y con la motivación precisa, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto, o del sector de éste afectado, y en particular los que haya podido establecer la norma jurídica aplicable, cual es, en el caso enjuiciado, el *artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*.

Vistos los antecedentes expuestos por el Acuerdo del TDC se justifica el importe de la sanción, a la vista de las circunstancias económicas del hecho por el que se impone sanción y del volumen de negocio de la entidad ahora recurrente.

La detallada comparación que aporta entre este supuesto y otros que han sido resueltos por el TDC no tiene virtualidad jurídica para justificar, como pretende, la reducción de la sanción: cada supuesto tiene sus particulares circunstancias que deben ser valoradas según lo dispuesto en el *artículo 10 LDC*, que precisamente tiene en cuenta como ha sido el caso, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa y el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, a lo que se suma la duración de la restricción de la competencia.

QUINTO-. No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el *art. 139 de la Ley Jurisdiccional*, justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **TEMPUR PEDIC ESPAÑA S.A.** contra el Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia dictado el día 31 de mayo de 2.005 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 del Poder Judicial*.

ASI por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. 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.