

Id Cendoj: 28079230062000100293
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 0183/1995
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a once de octubre de dos mil.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Metalibérica S.A., y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. Dº Carlos Ibañez de la Cardiniere, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fechas 6 de febrero de 1995 y 28 de septiembre de 1995, siendo Codemandada **Roca** S.A. y la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo por Metalibérica S.A., y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. Dº Carlos Ibañez de la Cardiniere, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fechas 6 de febrero de 1995 y 28 de septiembre de 1995, solicitando a la Sala, se declare la nulidad de los actos impugnados, así como la infracción cometida contra la libre competencia por la codemandada.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte

recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando a tal fin lo que estimó oportuno, e igualmente hizo la codemandada.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día cuatro de octubre de dos mil.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demas Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fechas 6 de febrero y 28 de septiembre de 1995, por la que se acuerda, en la primera, el sobreseimiento parcial del expediente instruido a la codemandada, y , en la segunda, la absolución de ésta de realización de practicas abusivas de posición de dominio.

SEGUNDO: En primer lugar hemos de examinar diversas irregularidades del procedimiento administrativo denunciadas por la actora: prolongación anormal del mismo, acumulación de los expedientes, cambio de instructor, ausencia de constación escrita de determinados testimonios, rechazo de pruebas y confidencialidad de determinados documentos - la argumentación relativa a la exigencia de prueba exhaustiva es una cuestión de valoración de la misma y por tanto es cuestión de fondo -. Ninguna de ellas es invalidante de lo actuado: el expediente se ha prolongado en su tramitación, pero ello no es anormal si atendemos a la duración media de tramitación de los procedimientos ante el TDC y a la complejidad del asunto; la acumulación viene justificada por la conexión de la materia - artículo 36.5 de la Ley 16/1989 -; el cambio de instructor venía justificada por razones de organización del Tribunal, y en ningún caso se alega tacha de parcialidad o cualquier otra causa que hiciese ilegítima la sustitución o inadecuado el nuevo instructor; ausencia de constatación escrita de determinados testimonios y rechazo de pruebas, al margen de que el Servicio puede rechazar pruebas y testimonios que considere irrelevantes, lo cierto es que en sede judicial ha sido practicada la prueba propuesta, con lo que tal irregularidad quedaría subsanada; lo mismo hemos de decir respecto a la confidencialidad, que ha sido alzada por esta Sala.

TERCERO: Dos bloques de cuestiones hemos de examinar para la correcta resolución del presente conflicto; la primera relativa a una posible practica de competencia desleal; la segunda relativa a un posible abuso de posición de dominio.

A la primera cuestión hace referencia la Resolución de 6 de febrero de 1995. La cuestión se centraba en la ruptura unilateral por CEBESA, tras su adquisición por **Roca** S.A., del contrato de compra en exclusiva que le unía a la recurrente - si bien se respetó el plazo de preaviso como resulta de la sentencia de 28 de marzo de 1994 dictada por la Audiencia Provincial de Burgos -, unido ello al cambio del color de los sanitarios - tengase en cuenta que la actora fabrica bañeras -, diferenciandolos de los utilizados por Metalibérica.

El Tribunal de Defensa de la Competencia razona, sobre la base de la alegación de la recurrente, que la práctica no puede ser subsumida en el artículo 14 de la Ley 3/1991 en relación con el artículo 7 de la Ley 16/1989. Tal argumentación no puede ser acogida, porque si bien es cierto que nos encontramos ante un grupo empresarial y por tanto no es posible un comportamiento de inducción cuando existe un centro de decisión, no es menos cierto que el artículo 5 de la Ley 3/91, incluye entre las prácticas de competencia desleal, todo comportamiento objetivamente contrario a la buena fe.

Pues bien, hemos de examinar si, por las circunstancias concurrentes en la extinción del contrato, hemos de predicar mala fe en la actuación del grupo empresarial.

Ya, desde ahora, hemos de advertir que para la aplicación del artículo 7 se requiere que los actos desleales se encaminen a falsear la competencia, y por ello, como el TDC y la propia Sala hemos declarado, se requiere, entre otros supuestos, que la conducta se encamine a excluir del mercado a un competidor o perjudicarlo notablemente en su actividad comercial. Pues bien, hemos de resaltar los siguientes hechos que concurren en el presente caso: entre la adquisición de CEBESA por **Roca** y la denuncia del contrato transcurrió más de un año; CEBESA venía teniendo pérdidas cuantiosas en los ejercicios anteriores a su adquisición por **Roca** , se solicitó de la recurrente por el grupo empresarial la disminución del precio de las bañeras en un 15% - cuyo rechazo llevó a las circunstancias que terminaron con la extinción de la relación contractual en exclusiva -, y a continuación, tras la negativa, elevó un 10% el precio de estas.

Hasta ahora ninguna actuación objetiva de mala fe puede imputarse a **Roca** : se continua durante un año con las mismas condiciones contractuales, y cuando se intenta un cambio en el precio - de adquisición - y posteriormente se eleva el de venta, ello aparece justificado en razones objetivas de la grave situación económica en que se encuentra CEBESA, y parecen medidas que, a la luz de la sana crítica, resultan proporcionadas y ajustadas para solventar el problema económico - o se aumenta el precio de venta o se disminuye el de adquisición a fin de que los márgenes comerciales puedan ser positivos -. Tampoco se aprecia una desproporción en la elevación del precio 10%, o en la solicitud de disminución, 15%.

Tras esta divergencia, la actora se negó a continuar suministrando bañeras a CEBESA, lo que impuso a ésta la necesidad de acudir a proveedores para la adquisición de bañeras fabricadas por Metalibérica y

seguir comercializando las mismas - ello reasulta igualmente de la sentencia señalada sin que se haya desvirtuado por la recurrente -. No puede pues decirse que existiese inmediata sustitución del producto - que reflejaría una actuación premeditada -, sino bien al contrario, CEBESA continua comercializando por más de seis meses las bañeras fabricadas por la actora aunque tiene que recurrir a otros proveedores.

En cuanto a la alteración de los colores - dos entre doce -, la explicación de la codemandada es convincente puesto que se trata de homologarlos con otros elementos para cuartos de baño. Por último, no podemos aceptar que tras la extinción de la relación contractual que nos ocupa, la recurrente no pudiese seguir suministrando sus bañeras a proveedores, puesto que la propia codemandada las adquirió, durante más de seis meses, de otros proveedores.

De los hechos expuestos no es predicable la mala fe en la actuación, sino un desacuerdo comercial entre las partes con los consecuentes resultados, y por ende, no podemos afirmar que la extinción del contrato tuviese como objetivo la expulsión del mercado de la actora.

Así las cosas, hemos de confirmar la Resolución del TDC de 6 de febrero de 1995 en cuanto sobreseé el expediente por los hechos relatados.

CUARTO: La segunda cuestión es la relativa a sí la codemandada ha abusado de su posición de dominio en los terminos establecidos en el artículo 6 de la Ley 16/89.

En tal cuestión hemos de considerar los siguientes aspectos:

A) Es innegable la posición de dominio que la codemandada ostenta en el mercado nacional de sanitarios - el 60% según ella misma reconoce -, y tal es el mercado relevante a los efectos de valorar la conducta porque, como señala el TDC, si bien el europeo es muy permeable en las gamas altas, no así en las medias y populares - así resulta del expediente administrativo -, lo que hace reconocer determinadas circunstancias objetivas en el mercado nacional, que lo hacen autónomo y referente del mercado relevante.

B) Existen cuatro conductas que se imputan a la codemandada, que hemos de analizar en primer lugar:

1.- Imposición de limitaciones a abrir establecimientos. Se señala como tal el cobro de los portes en el suministro, pero ello no es en si mismo una limitación abusiva, sino que bien puede deberse al equilibrio de las relaciones obligatorias entre contratantes.

2.- Existió según declaraciones de uno de los testigos, una falta de suministro, más bien retraso, para quien excedió de la cantidad de material solicitado según el programa elaborado por el propio interesado, pero ello, al margen de que es un hecho aislado, se debió, según las explicaciones recibidas, a falta de material disponible por un aumento de la demanda. Era pues una imposibilidad de suministrar lo solicitado, que justifica objetivamente el retraso.

3.- La carencia de forma escrita en las relaciones contractuales respecto de los distribuidores no es en sí misma un abuso de posición de dominio, puesto que la forma verbal en la contratación en nuestro Derecho está permitida.

4.- El caso de negativa al abono del premio Mercurio respecto de una entidad, que es también un caso aislado, se debió, según razonamiento de la codemandada a las deudas que tal entidad tenía con ella. Responde pues a deudas mutuas que, de discutirse, afectan solo a las partes reciprocamente deudoras y acreedoras.

C) Mayores problemas plantea los descuentos. Existen dos tipos controvertidos, el descuento de programación y el premio Mercurio. El primero consiste en un descuento respecto de aquellos distribuidores que, para el plazo de seis meses, elaboran un programa previo de compras de sanitarios, bañeras y griferías, y lo cumplan. Argumenta la codemandada que ello responde a la necesidad, en lo posible, de conocer previamente la demanda, para así estar en situación de suministrar lo solicitado, sin el riesgo de una escasez o exceso de suministros. El premio Mercurio, se destina a los distribuidores que exhiban la mercancía en salas dignas y de categoría, prestando a su comercialización especial dedicación y exponiendo los productos en lugar relevante; sin que ello suponga un pacto de exclusividad, puesto que en la misma sala pueden exhibirse otras marcas en analogas condiciones, sin que ello afecte al premio.

Pues bien, de la jurisprudencia elaborada por el TJCE, al resolver los asuntos 85/76 y 322/81 resulta

que son contrarios a la libre competencia:

1.- Los descuentos vinculados a objetivos de aumento de ventas en el mercado. Ello no ocurre en este caso, puesto que los descuentos se vinculan al cumplimiento de un programa - que puede ser alterado a la baja o al alza en sucesivos periodos -, y el premio a la exposición frente al público de los productos, sin consideración al volumen de ventas.

2.- Las primas de fidelidad que tienden a facilitar la distribución en exclusiva de los productos, y se dan a aquellos que comercialicen en exclusiva o de forma preferente el producto primado. Tampoco en nuestro caso se vincula el descuento y el premio a la exclusión de otros productos.

Cuestión distinta es que el descuento y el premio - que es otro descuento -, se vean afectados por el volumen de ventas porque se realizan sobre la factura de compra; pero ello no significa que se vincule a la obtención de nuevas cotas de mercado, o a la eliminación de la comercialización de otros productos, como hemos vistos, que es lo que el Tribunal de la Comunidad exige para apreciar abuso de posición de dominio en el ámbito de la libre competencia.

De todo ello resulta que no podemos subsumir la conducta de la demandada en el supuesto previsto en el artículo 6 de la Ley 16/89, tal como declaró el TDC en la Resolución de 28 de septiembre de 1995, aquí enjuiciada.

QUINTO: Todo lo expuesto lleva a la Sala a desestimar el recurso y confirmar el acto administrativo impugnado, por ser conformes a Derecho los pronunciamientos en él contenidos.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 131.1 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 desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Metalibérica S.A., y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. D^o Carlos Ibañez de la Cardiniere, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fechas 6 de febrero de 1995 y 28 de septiembre de 1995, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho las Resoluciones impugnadas, y en consecuencia debemos confirmarlas y las confirmamos, sin imposición de costas.

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 / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.