

**Id. Cendoj:** 28079230062007100001  
**Órgano:** Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 6  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 10/01/2007  
**Nº de Recurso:** 201/2005  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** MARIA ASUNCION SALVO TAMBO  
**Procedimiento:** CONTENCIOSO  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

**Resumen:**

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. DECISIONES ADOPTADAS EN EL SENO DE LA OJD (SUSPENSION DE LA ACREDITACION DE TIRADA Y DISTRIBUCION DEL DIARIO "20 MINUTOS") NO CONSTITUYEN PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA.

---

SENTENCIA

Madrid, a diez de enero 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 201/05 , se tramita a instancia

de la entidad MULTIPRENSA Y MAS, S.L., representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Silvia Scott-

Glendonwyn Alvarez, contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 16 de

febrero de 2005, sobre prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley de Defensa de

la Competencia; habiéndose personado como codemandadas la entidad Asociación para la

Investigación de Medios de Comunicación representada por el Procurador D. Fernando Ruiz de

Velasco y Martínez de Ercilla y la entidad Información y Control de Publicaciones, S.A.

representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira; y en el que la Administración

demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo

la cuantía

del mismo Indeterminada.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. La parte actora interpuso, en fecha 14 de abril de 2005, este recurso respecto de los actos antes aludidos; 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 tenga por presentado este escrito, lo admita y, en su virtud, tenga por formulada en tiempo y forma la DEMANDA en el RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de febrero de 2005 en el expediente 576/04, y al término del presente procedimiento dicte sentencia que contenga los siguientes pronunciamiento:

A) Que estime el presente recurso y anule la resolución recurrida en cuanto al pronunciamiento que declara que las decisiones adoptadas en el seno de OJD en relación con la suspensión de la emisión de la acreditación de tirada y distribución de los diarios "20 Minutos" editados por MULTIPRENSA no constituyen acuerdos restrictivos de la competencia.

B) Que, en consecuencia, declare que las mencionadas actuaciones de la "Oficina de Justificación de la Difusión, S.A." (OJD), actualmente "Información y Control de Publicaciones, S.A." constituyen prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

Que, la cuantía del presente recurso, se cifra en indeterminada".

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 teniendo por presentado este escrito, se digne admitirlo, tramitar legalmente el recurso y dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso, imponiendo las costas a la parte recurrente".

3. Mediante diligencia de ordenación de 29 de julio de 2005 se dio traslado al Procurador D. Fernando Ruiz de Velasco y Martínez de Ercilla, en representación de la entidad codemandada Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación, para que contestara la demanda y precluido dicho trámite no se presentó escrito alguno por parte de la mencionada codemandada, prosiguiéndose con el trámite previsto legalmente.

4. Mediante providencia de 13 de octubre de 2005 se dio traslado al Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en representación de la entidad codemandada Información y Control de Comunicaciones, 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, lo admita y tenga por deducida en tiempo y forma contestación a la demanda y en su virtud desestime íntegramente la demanda, con imposición de costas a la demandante".

5. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto de fecha 24

de noviembre de 2005 , acordando el recibimiento a prueba con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones a través del cual las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones; finalmente, mediante providencia de 18 de octubre de 2006 se señaló para votación y fallo el día 14 de noviembre de 2006, 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<sup>a</sup> María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 16 de febrero de 2005 cuya parte dispositiva

es del siguiente tenor:

"Unico. Declarar que las decisiones adoptadas en el seno de la OJD y de la AIMC en relación con la suspensión de la emisión de la Acreditación de Tirada y Distribución de los diarios 20 Minutos editados por Multiprensa y con la medición y presentación de sus datos de audiencia en el EGM, respectivamente, no constituyen acuerdos restrictivos de competencia."

La referida resolución impugnada puso fin al expediente nº 576/04 Multiprensa iniciado a consecuencia de la denuncia formulada por Multiprensa, ahora recurrente, contra la Oficina de Justificación de la Difusión (desde ahora, OJD) y a la Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación (en adelante, AIMC) por prácticas prohibidas por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia . El motivo de la denuncia se concretó en que las decisiones adoptadas en el seno de la OJD en relación con la suspensión de la emisión de la acreditación de tirada y distribución de los diarios "20 Minutos" editados por Multiprensa y de la AIMC en relación con la medición y presentación de los datos de audiencia de los mencionados diarios en el Estudio General de Medios, constituían acuerdos restrictivos de la competencia prohibidos por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia .

Tramitada la denuncia, el Servicio de Defensa de la Competencia formalizó en su día, el Pliego de Concreción de Hechos considerando los denunciados constitutivos de infracción y concluyendo que ambas denunciadas eran responsables de sendas prácticas restrictivas, a través de la imposición de trabas a la captación de recursos procedentes de los anuncios publicitarios (por parte de la OJD) y de discriminación en contra de la hoy actora en la medición y presentación de los datos de los diarios en el Estudio General de Medios (que la AIMC editaba) y, en consecuencia, propuso al TDC que declarase "que las decisiones adoptadas en el seno de la OJD y de la AIMC en relación son la suspensión de la emisión de la Acreditación de Tirada y Distribución de los diarios 20 Minutos editados por Multiprensa y con la medición y presentación de sus datos de audiencia en el EGM, respectivamente constituyen acuerdos restrictivos de la competencia que infringen el artículo 1.1 de la LDC ".

Ello no obstante, el TDC tras la práctica de numerosas pruebas tanto a propuesta de la denunciante y de las denunciadas como las acordadas de oficio por el propio Tribunal,

resuelve el expediente en el sentido más arriba indicado, mediante la resolución que constituye el objeto de la presente impugnación, la cual se contrae exclusivamente al pronunciamiento de la resolución del TDC referido, según se dice en la demanda, a la "Oficina de Justificación de la Difusión, S.A." (OJD) actualmente "Información y Control de Comunicaciones, S.A.".

2. En dicha resolución impugnada se declaran como HECHOS PROBADOS, por lo que aquí interesa y entre otros no controvertidos por las partes, los siguientes:

1º) La hoy recurrente edita dos diarios gratuitos de información general, 20 Minutos y M@S de Madrid y de Barcelona que se distribuyen de lunes a viernes, diarios que, según hace constar el Servicio de Defensa de la Competencia, coexisten con otros periódicos gratuitos.

2º) La OJD, ahora codemandada, es, según informe del propio SDC, una sociedad anónima cuyos accionistas se integran en uno de los cuatro colectivos siguientes: editores de diarios, agencias de publicidad, editores de revistas y anunciantes. Cabe diferenciar la condición de socio de la de miembro, que es toda entidad que edita publicaciones voluntariamente adscritas a los mecanismos de control de la OJD. Multiprensa está adscrita a la OJD sin ser accionista. El objeto social de la OJD es el control de tirada y difusión de las publicaciones, la elaboración de estudios de tirada, difusión, audiencia y mercado, la edición, impresión y encuadernación de revistas y publicaciones y el asesoramiento de empresas y dispone de un Reglamento de Trabajo para el Control de Publicaciones que define cómo se desarrolla todo el proceso de control, así como los efectos sancionadores que tiene el incumplimiento del mismo.

3º) En la sociedad anónima OJD, el "colectivo" de accionistas denominado "medios de comunicación" ha ido ganando peso en el Consejo de Administración de la empresa. Así hasta 1973 representaban un tercio, hasta 2001 estaban representados por 10 miembros en un Consejo de 24 y a partir de 2001 pasan a estar representados por 12 miembros de un total de 28 miembros del Consejo. No obstante, siguen siendo minoría frente los anunciantes y agencias de publicidad y comerciantes.

4º) Los mecanismos de transmisibilidad de las acciones de la OJD determinan un claro interés por mantener cierta presencia y ciertas proporciones de su realidad accionarial.

5º) Los días 4 de julio y 7, 8, 9, 10, 13, 14, 16, 17, 20, 21, 22, 23 y 24 de agosto de 2001 (folios 1075 a 1088 del expediente del SDC) el diario 20 Minutos de Barcelona incluyó en su portada la cifra de tirada de esos números, haciendo constar que había solicitado control a la OJD (no se escribió expresamente que esa cifra estaba "pendiente de control") y que se trataba de una distribución gratuita. Sin embargo, no aportaba los últimos datos verificados por la OJD, ni tampoco informaba de que esas cifras aún no habían sido auditadas por ellas.

6º) El día 10 de septiembre de 2001, 20 Minutos de Madrid indicó que la tirada de ese número había alcanzado 258.000 ejemplares y que es una publicación de distribución gratuita, controlada por la OJD. Incluía también el logotipo de esa entidad. Tampoco en este ejemplar aportaba los últimos datos verificados por la OJD, ni informaba de que esas cifras aún no habían sido auditadas por ella. Por estas prácticas, Multimedia fue apercibida por el Director de la OJD y si bien posteriormente en el periódico de Madrid introdujo la expresión "pendiente de control" y puso la última tirada auditada,

en el caso del periódico de Barcelona solamente hizo constar junto con la cifra de tirada que había solicitado control a la OJD, es decir, sin especificar "pendiente de control" y tampoco publicó los últimos datos verificados por la OJD.

7º) El 11 de octubre de 2001 Multiprensa publicó un artículo en el diario 20 Minutos de Barcelona que decía "20 Minutos de Barcelona y M@S será en los próximos días, con 200.000 ejemplares diarios, el líder de difusión en el ámbito metropolitano, muy por encima de los principales diarios de pago que tienen mayor presencia en esa área. La otra publicación del grupo, 20 Minutos Madrid y M@S, que suma ya 300.000 ejemplares al día y duplica la tirada del diario de pago de mayor difusión en la capital, también se ha de convertir en el líder de divulgación en su territorio. El medio millón de ejemplares que suman entre las dos ediciones convierten a 20 minutos en la publicación de mayor tirada de todo el estado español". Consecuencia de ello, la OJD le comunicó a Multiprensa la apertura de un expediente "con el objeto de determinar si había incurrido en una de las infracciones previstas por el artículo 14.2 del Reglamento de Trabajo", basándose en que había utilizado de forma incorrecta el término difusión, habían comparado cifras entre publicaciones de pago y publicaciones gratuitas, prohibido por el Reglamento y por no ser cierta la afirmación de que la suma de las ediciones de 20 Minutos Madrid y de Barcelona supongan la publicación de mayor tirada de España.

8º) El día 28 de febrero de 2002 Multiprensa solicitó a la OJD la realización de la auditoría necesaria para obtener la Acreditación de Tirada y Distribución Gratuita correspondiente al año 2001 (folios 13 y 1015 del expediente del SDC).

9º) De acuerdo con el expediente del SDC (folios 1805 y 1806), la solicitud anterior se produce después de que los principales diarios de pago de Madrid y de Barcelona, tanto de información general como deportiva y económica, lo hubieran solicitado.

10º) El Comité Ejecutivo de la OJD decide por unanimidad el 20 de marzo de 2002, en aplicación del artículo 10.3.3 del Reglamento de Trabajo y a solicitud de la Comisión Técnica, a la que se había solicitado informe por parte del presidente de OJD, autorizar el intercambio de las declaraciones de los diarios de distribución gratuita y de pago que cubran el mismo mercado. El 22 de marzo de 2002, la OJD procede a enviar a diversos periódicos de pago la Declaración de Multiprensa y con esa misma fecha la OJD le comunica a Multiprensa que si desea recibir las declaraciones de los diarios de pago tiene un plazo de ocho días para solicitarlo. Posteriormente, Multiprensa recibió "las tablas de El País, El Mundo, ABC y La Razón".

11º) El 21 de marzo el Consejo de Administración de la OJD solicitó un informe al Director de la OJD relativo a los procedimientos de control de los diarios de distribución gratuita. Dicho informe fue presentado al Comité Ejecutivo de 24 de abril de 2002. Este informe también se envió a aquellos diarios que lo habían pedido, si bien no consta en el expediente quiénes eran esos diarios. Entre el 9 de mayo y el 27 de mayo de 2002 el director de la OJD recibe "cartas idénticas -salvo el membrete y el tipo de letra" de diferentes diarios de pago por las que, al amparo del artículo 13.2 de su Reglamento de Trabajo, se impugnaban los procedimientos que estaba utilizando la OJD para el control de tirada de los diarios gratuitos 20 Minutos de Madrid y de Barcelona, además de los diarios gratuitos Metro Directo de Madrid y de Barcelona. La razón fundamental aducida era que no se podía "garantizar suficientemente la veracidad de los datos".

12º) Hasta el 11 de junio no se inicia el procedimiento de verificación de los diarios de

Multiprensa por parte de la OJD. En la verificación el equipo de control (según folio 1808 del expediente del SDC) "concluyó que en varios ejemplares publicados en el año 2001 había constatado diferencias entre la tirada facturada por la imprenta y la verificada por él". Por ello, el Presidente de la OJD cita a Multiprensa el 17 de julio de 2002 para que comparezca ante el Comité Ejecutivo de la OJD en respuesta al expediente abierto y a los resultados de la verificación relativa a los datos de tirada y distribución. En esa reunión el Comité Ejecutivo de la OJD, con mayoría de editores de diarios, editores de revistas y asociación de editores, decide por mayoría sancionar a Multiprensa con una suspensión temporal forzosa de dos años contados a partir de enero de 2001 en aplicación del artículo 14.11 de su Reglamento de Trabajo. El 12 de septiembre de 2002 el Consejo de Administración de la OJD ratificó el acuerdo del Comité Ejecutivo, a pesar de que una parte del Consejo solicitó el aplazamiento del debate, pero la votación también se produjo en este órgano con presencia mayoritaria de los editores y asociaciones de medios de comunicación.

Sobre la anterior base fáctica el TDC -el SDC descartó ya la posibilidad de imputar a OJD una infracción del artículo 6 de la LDC, tal y como solicitaba inicialmente la recurrente en su denuncia- considera que no se puede imputar una infracción del artículo 1 LDC a la ahora codemandada, pues faltaba el requisito, al tratarse de una sola sociedad mercantil, de la pluralidad de partes imprescindible para la existencia de una infracción de tal precepto. Y después de examinar también la posibilidad de la existencia de una decisión colectiva tipificada en el artículo 1 LDC, concluye que tampoco podía darse tal figura, debido a la disparidad de intereses de los distintos colectivos integrantes del accionariado de la OJD. De otra parte tras analizar la posibilidad de que los hechos más arriba descritos pudieran constituir un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 6 LDC, rechaza también esa posibilidad al no haberse demostrado que OJD ostentara una posición de dominio en el mercado.

3. La parte actora ejercita la pretensión consistente en que se declare la resolución del TDC recaída en el expediente de referencia, no es conforme a derecho y en consecuencia se anule la misma en la parte recurrida, esto es, en cuanto al pronunciamiento realizado sobre OJD, y se declare que la decisión adoptada en el seno de la OJD en relación con la suspensión de la emisión de la acreditación de tirada y distribución de los diarios "20 Minutos" de Madrid y Barcelona, editados por Multiprensa, constituye una práctica restrictiva de la competencia.

A tal efecto centra la argumentación de su demanda en lo que considera inexacta conceptualización y calificación de las conductas de OJD denunciadas por Multiprensa y, de otra, en la errónea valoración de los elementos probatorios obrantes en el expediente sancionador.

Considera, así, la actora, en primer término, que ha existido concertación (invoca la propia doctrina del TDC y la jurisprudencia de la Audiencia Nacional en relación con otros asuntos, Asociación de Cajas Rurales, COFAS, Espectáculos Taurinos, etc.) invocando también jurisprudencia comunitaria (jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo) en relación con la aplicación de la teoría de la "decisión colectiva".

Y, de otra parte, en la demanda se contienen reflexiones discrepantes de la posición del TDC en lo que se refiere al abuso de posición dominante. A juicio de la actora no ha existido justificación de las prácticas denunciadas, tachando la sanción que le fue impuesta de arbitraria y desproporcionada y señala que, si bien en la denuncia inicial se calificaron las prácticas de OJD como de abuso de dominante, el SDC consideró la

infracción del artículo 1 , siendo así que la actora considera ambas calificaciones posibles en este caso ya que, a su juicio, se dan circunstancias que propician indistintamente una u otra consideración, esto es, la colusión entre operadores económicos y el abuso de posición dominante.

Tanto el Abogado del Estado como la parte demandada consideran que OJD no ha infringido el artículo 1 LDC al tratarse de decisiones adoptadas unilateralmente por la codemandada y no de "acuerdos" en el sentido del artículo 1 LDC , subrayando que, en cualquier caso, no se ha demostrado la concurrencia del objeto o efecto anticompetitivo exigido por dicho precepto. Igualmente niegan la posible infracción del artículo 6 LDC .

4. Los hechos que se encuentran en la base de la presente controversia datan, en efecto del mes de julio de 2001, cuando Multiprensa empezó a publicar en las portadas de los diarios 20 Minutos de Madrid y Barcelona cifras de tirada no verificadas. Así, tal y como en todo momento se reconoce por la actora, los diarios 20 Minutos de Barcelona de los días 4 de julio y 7, 8, 9 10 13, 14, 16, 17, 20, 21, 22, 23 y 24 de agosto de 2001 indicaron en sus portadas -junto al emblema de OJD- sus respectivas cifras de tirada, sin mencionar que dichas cifras estaban pendiente de control y sin mencionar la últimas cifras de tirada auditadas por OJD.

La misma infracción se cometió al publicar cifras de tirada sin auditar en el diario 20 Minutos de Madrid el 10 de septiembre de 2001.

Posteriormente, el 11 de octubre de 2001, el diario 20 Minutos de Barcelona volvió a hacer constar en su portada su cifra de tirada sin mencionar los últimos datos verificados por OJD. En esa misma edición contenía un artículo en el que Multiprensa afirmaba lo siguiente: "20 Minutos de Barcelona y M@S (ahora denominado 20 Minutos de Barcelona) será en los próximos días, con 200.000 ejemplares diarios el líder de la difusión en el ámbito metropolitano, muy por encima de los principales diarios de pago que tienen mayor presencia en ese área. La otra publicación del grupo 20 Minutos Madrid y M@S (ahora denominado 20 Minutos de Madrid), que suma ya 300.000 ejemplares al día y duplica la tirada del diario de pago de mayor difusión en la capital, también se ha de convertir en el líder de divulgación en su territorio. El medio millón de ejemplares que suman entre las dos ediciones convierten a 20 Minutos en la publicación de mayor tirada de todo el Estado español." (Folio 1494 del Expediente y Hecho Probado 8º de la resolución impugnada).

5. Y acerca de si existió o no la infracción administrativa de abuso de posición dominante (artículo 6 LDC ) es preciso recordar que el artículo 6º LDC, tras las modificaciones introducidas en su apartado 1 y las adiciones de las letras "f)" y "g)" al apartado 2, ambas por el artículo 4 de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre (redacción, por ello, que hemos de tomar en consideración en esta sentencia, puesto que era la vigente desde 1 de enero de 2000 , año en el que se realizó por la recurrente la conducta imputada), dispone:

"Artículo 6 . Abuso de posición dominante.

1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas:

a) De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

b) De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus

empresas, clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos.

b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

f) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 6 meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor.

g) Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas.

3. Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o de varias empresas haya sido establecida por disposición legal."

A tal fin, la Sala entiende que punto de partida ha de ser el criterio del Tribunal Supremo sobre la significación y alcance del artículo 6 LDC, precepto sobre el que ya existe una consolidada doctrina del Alto Tribunal; en efecto, la sentencia de 13 de diciembre de 2004 de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, reiterando la doctrina ya establecida en las sentencias de 8 de mayo y 9 de junio de 2003, hace las siguientes consideraciones:

"a) Como es obvio, lo prohibido no es la posición de dominio, sino la explotación abusiva de esa posición.

b) Se contiene en él una lista de comportamientos calificables como abusivos, pero tal lista no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, que ilustra sobre el concepto de explotación abusiva pero no lo agota.

c) La explotación abusiva pasa, así, a ser la noción fundamental del precepto, el cual,

sin embargo, no contiene, más allá de lo que aporta la citada lista, una definición de lo que debe entenderse por tal.

d) La explotación abusiva no es sólo una conducta prohibida, sino también una conducta «típica», que la Ley considera constitutiva de infracción administrativa, ligando a ella, por tanto, la posibilidad de la imposición de una sanción en sentido estricto (artículo 10 de la Ley 16/1989).

e) Por ello, al enjuiciar si una conducta es constitutiva de explotación abusiva, han de tenerse presentes los principios propios del derecho sancionador, en el sentido de exigencia de que tal calificación de la conducta pudiera ser predecible por su agente, de prohibición del uso de la analogía y de resolución a favor del imputado de las dudas razonables que no hayan podido ser despejadas.

f) Por fin, dada la similitud existente entre el artículo 82 (antiguo artículo 86) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y aquel artículo 6, que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al Derecho de Defensa de la Competencia español, cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro Derecho interno."

En este punto, el estudio del artículo 6º LDC, al igual que el del artículo 82 del Tratado de la Unión Europea, así como de la jurisprudencia comunitaria - singularmente, la que resulta de las sentencias del TJCE de 21 de febrero de 1973 (Continental Can), 6 de marzo de 1974 (Comercial Solvens), 14 de febrero de 1978 (United Brands), 13 de febrero de 1979 (Hoffmann La Roche), 3 de julio de 1991 (AKZO) y 15 de diciembre de 1994 (DLG)-, permite afirmar que en aquéllos (y también en el de nuestro Derecho interno, pese a la existencia en éste de una singular normativa de defensa de los consumidores) se protege, tanto los intereses económicos -concurrenciales o extraconcurrenciales- de los clientes, proveedores y consumidores en general, como los intereses de los competidores. Velan por la salvaguarda de la competencia residual o potencial, y actúan, también, en defensa directa de consumidores, clientes y proveedores ante conductas que, aunque no afecten a la estructura competitiva, producen resultados lesivos con amparo en la falta o en la insuficiencia de una competencia efectiva. Sobre esta base:

- Cabe así diferenciar: a) los abusos que perjudican los intereses concurrenciales de los competidores que lo son -primera línea de competencia- de la propia empresa dominante, restringiendo sin justificación la competencia residual o potencial del mercado mismo sobre el que se proyecta la posición de dominio (es, pues, un abuso anticompetitivo, y, dentro de estos, de primer grado); b) los abusos que lesionan los intereses concurrenciales de los que contratan con la empresa dominante (clientes y proveedores), alterando o restringiendo la competencia interior de sus respectivos mercados -segunda línea de competencia- (es, también, un abuso anticompetitivo, que cabe denominar, como hace la doctrina, de segundo grado); y c) los abusos que lesionan los intereses económicos no concurrenciales de los proveedores y consumidores (son los denominados abusos explotativos).

- Ahora bien, no toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición de dominio merecerá ser calificada como explotación abusiva; lo exige así la lógica de aquellos preceptos y del sistema económico en que se insertan, que ni prohíben la posición de dominio, ni pretenden obstaculizar, tampoco a las empresas dominantes, la consecución de una posible mayor eficiencia; serán abusivas, pues,

las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico. Del mismo modo, la lesión de los intereses económicos de clientes, proveedores y consumidores producida desde una posición de dominio requerirá, para ser calificada como explotación abusiva de dicha posición, un elemento de carencia de justificación, que cabrá ver allí donde el ejercicio por la empresa dominante de su especial libertad económica deje de acomodarse, sin razón reconocible como tal, al que llevaría a cabo en una situación de competencia efectiva.

- A lo dicho cabe añadir: a) que la conducta a calificar debe valorarse de forma objetiva, de suerte que su carácter abusivo deberá desprenderse de sus rasgos económicos, sin depender, por tanto, de cual sea su valoración moral o la intención de su autor, aunque esto no permita, sin embargo, prescindir del necesario elemento de la culpabilidad si a la conducta pretende anudarse un efecto sancionador en sentido estricto; y b) que sobre las empresas en posición de dominio pesa una especial responsabilidad y un deber de mayor diligencia que los que son predicables del empresario sujeto al control natural de una competencia suficiente, debido al especial perjuicio que pueden causar sus actividades a la competencia en general y al interés de sus competidores, suministradores, clientes y consumidores, en particular.

La explotación abusiva es, en fin, una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado. Criterios éstos expuestos por la ya citada sentencia de 8 de mayo de 2003 del Tribunal Supremo y a cuya luz debe examinarse la conducta imputada a la actora por la resolución sancionadora dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia a cuyo fin procede examinar primeramente los elementos objetivos que configuran el tipo de la infracción imputada (a saber, mercado relevante, posición de dominio y abuso de la misma), en segundo lugar el tipo subjetivo (o voluntariedad de la conducta) para, en último término, valorar la pertinencia, o no, de la sanción impuesta.

6. De todo lo anterior deriva la procedencia de desestimar el presente recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

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 MULTIPRENSA Y MAS, S.L., contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 16 de febrero de 2005, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada 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<sup>a</sup> MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.