

Id. Cendoj: 28079230062004100319
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 14/07/2004
Nº de Recurso: 137/2003
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARGARITA ROBLES FERNANDEZ
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a catorce de julio de dos mil cuatro.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo nº 6/137/003, que ante esta Sala de lo

Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador D. PEDRO

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, en nombre y representación de FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE BEBIDAS ESPIRITUOSAS, frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr.

Letrado del Estado, contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de

Diciembre de 2002, denegando autorización singular, (que después se describirá en el primer

fundamento de Derecho), siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a MARGARITA ROBLES

FERNÁNDEZ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 28 de Febrero de 2003, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Providencia de 13 de Marzo de 2003, con publicación en el B.O.E. del anuncio prevenido por la Ley y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó la demanda, mediante escrito presentado el 8 de Mayo de 2003, en el cual, tras alegar los hechos y

fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 13 de Noviembre de 2003, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de 19 de Noviembre de 2003, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, admitiéndose por esta Sala la Documental practicada, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron en sendos escritos, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 13 de Julio de 2004, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de Diciembre de 2002, en que se acuerda: " No conceder a la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE) la autorización singular solicitada para la recomendación a sus asociados de que no atiendan los requerimientos de las empresas de distribución, referidos a la incorporación a los envases, en origen, de etiquetas de seguridad."

Son hechos a considerar que el día 30 de Marzo de 2001 tuvo entrada en el SDC escrito de la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE) formulando solicitud de autorización singular al amparo de lo dispuesto en el Art. 4 de la LDC, para efectuar a sus asociados una recomendación no vinculante a fin de que no atiendan las solicitudes, peticiones o requerimientos de las empresas de distribución sobre incorporación en origen de las etiquetas de seguridad, sistema de seguridad "security tag" en las botellas.

Seguida la correspondiente tramitación el SDC emitió Informe por el que se remitía al TDC dicha solicitud y se señalaba "que la elaboración por parte de FEBE de estudios relativos a las repercusiones que la implantación en origen del sistema de seguridad en las bebidas puede tener en el mercado, y la transmisión de dicha información a sus asociados, siempre que sea objetiva y fiable, es lícita y está comprendida en las funciones que sus Estatutos le atribuyen. Sin embargo, la recomendación colectiva de condiciones comerciales para la que se solicita autorización es una práctica prohibida de la que no se han justificado los beneficios que la harían susceptible de autorización al amparo del art.3 de la LDC".

El TDC en su Resolución deniega la autorización solicitada y argumenta, en esencia: a) Respecto a si se trata de una conducta prohibida por el Art. 1 de la LDC, establece:

" Por tanto, ha de concluirse, coincidiendo con lo expuesto por el Servicio, que, en el caso que analizamos, la elaboración por parte de FEBE de estudios sobre la implantación de los sistemas de seguridad, así como la distribución de los mismos

entre los miembros de FEBE, es lícita, pero que la recomendación colectiva que se somete a autorización afecta a condiciones comerciales de competidores, constituyendo una práctica prohibida por el art. 1 de la LDC.

Por otro lado, es de precisar que, si bien el texto de la recomendación la califica de "no obligatoria", no por ello deja de tener el carácter de una "decisión" de una Asociación de empresas. A tal efecto, es de indicar que la Comisión Europea (en el asunto VERBAND DER SACHVERSICHERER E.V) declaró que "las recomendaciones de un grupo de empresas, elaboradas por ellos y comunicadas a los miembros de ese grupo, son la expresión de una concertación realizada entre las empresas afiliadas a dicho grupo, teniendo una finalidad restrictiva de la competencia entre dichas empresas".

El Tribunal Europeo, (en Sentencia de 27 de Enero de 1987) ha declarado, por su parte, que "la recomendación, cualquiera que sea su naturaleza jurídica exacta, constituye la expresión fiel de la voluntad de la Asociación de coordinar el comportamiento de sus miembros en el mercado".

En definitiva, la recomendación objeto de este expediente ha de considerarse como una decisión de una asociación de empresas en el sentido del Art. 1 de la LDC ."; b) añade que, supuesto dicho extremo, procede examinar si con base en el Art. 4 de la LDC , podría autorizarse el acuerdo en los supuestos y con los requisitos previstos en el Art. 3 LDC , y al respecto argumenta:

" Este Tribunal, en aplicación de dicho precepto, ha venido señalando que una práctica de esta naturaleza sólo resulta autorizable cuando circunstancias excepcionales la conviertan en imprescindible para lograr alguno de los objetivos contemplados en dicho precepto.

Pues bien, en el presente caso, la recomendación para la que se pide autorización no cumple con dichos requisitos, toda vez que no tiene como finalidad la adecuación de la oferta a la demanda frente a una pretendida crisis del sector ni se justifica por la Asociación solicitante ninguna ventaja económica de interés general que aporte la recomendación ni beneficio alguno para los consumidores, más bien parece que dicha recomendación tan sólo ha de reportar beneficios a los propios empresarios que forman parte de la Asociación y que no están en condiciones de asumir los costes inherentes a la incorporación de los sistemas de seguridad antihurto que se les exige por algunas empresas de distribución.

Es decir, ante los argumentos expuestos por FEBE, ha de indicarse que en este expediente no se plantea si la exigencia por parte de las empresas de distribución de que los productos suministrados por los asociados de FEBE se vean dotados, en origen, de etiquetas de seguridad antihurto, es conveniente o eficaz y, por ello, con independencia del juicio que pueda merecer tal instalación, resulta evidente que, desde el punto de vista de la competencia, la respuesta uniforme por parte de los miembros de la Asociación sería indeseable e inadecuada para una "ordenada competencia", sin que la escasa entidad de dicha recomendación justifique tampoco su autorización, pues no se puede estimar que sea realmente necesaria bastando, como afirma el Servicio, con la elaboración y distribución por parte de FEBE de estudios sobre las repercusiones que la implantación en origen del sistema de seguridad en las bebidas pueda tener en el mercado, pero dejando libertad a los empresarios para su cumplimiento o no, sin necesidad de autoregularse.

En definitiva, los solicitantes pretenden que se les autorice algo que resulta contrario a

los objetivos específicos que la legislación de defensa de la competencia debe garantizar, por lo que la solicitud de autorización debe denegarse al no cumplir las condiciones exigidas en el art. 3 LDC .".

SEGUNDO.- La actora en su demanda en esencia alega, que el origen de la solicitud de autorización es la petición que le dirigió MERCADONA, por el que requería a sus asociados para que dotaran en origen a los productos que distribuían de etiquetas antihurtos, requerimiento que luego se generalizó en el sector de la distribución. FEBE, decidió elaborar una recomendación dirigida a sus miembros con el fin de que no atendiesen las solicitudes o requerimientos de las empresas de distribución sobre la incorporación en origen de una etiquetas de seguridad en las botellas que fabrican, mientras las incertidumbres, tanto fácticas como jurídicas no se aclararan y posteriormente solicitó la autorización.

Tanto en sede judicial como anteriormente en sede administrativa alegó en esencia que, FEBE, integra al 90% de las empresas dedicadas a la fabricación, comercialización e importación de bebidas alcohólicas que operan en España, considerando que la autorización solicitada es inocua para la competencia y que, además, está plenamente justificada por el beneficio para los consumidores, pues, el informe de Ecovidrio entidad encargada del sistema integral de gestión de vidrio en España, considera que la instalación de las etiquetas de seguridad compuestas por los metales que se citan, contaminarían la calidad del vidrio y dificultarían el cumplimiento de la normativa medioambiental. Añade, que la instalación de las etiquetas de seguridad apenas va a solucionar el problema de la pérdida desconocida, señala que hay que tener en cuenta que el porcentaje de la desaparición de existencias por pérdida desconocida es muy pequeño (un 1,25% de las ventas anuales del sector de la distribución) y que, además, de éste, sólo un 28% de la desaparición de existencias se debe a hurto de terceros (otro 28% a causas administrativas y un 44% a hurto de empleados) por lo que la petición de los grandes establecimientos sería una petición desproporcionada para el resultado que se pretende obtener, siendo así que los inconvenientes que se derivarían serían muy superiores a las ventajas que reportaría la instalación de dicho sistema de seguridad. Argumenta también que, la recomendación no tiene por objeto restringir la competencia ni tiene carácter vinculante, sino que sólo pretende informar a los miembros de FEBE de los riesgos que podrían derivarse de la instalación de unas etiquetas de seguridad sobre las que existen muchas dudas respecto a sus repercusiones, por ello, considera que la recomendación no se encuentra prohibida por el Art. 1 de la LDC , pero que, aunque se estimase que lo estuviera, los beneficios que reportaría la no instalación de las etiquetas justificarían la autorización solicitada.

TERCERO.- Efectivamente dos son las cuestiones que se plantean en relación con la mencionada resolución: 1º/ Si la recomendación general para la que se solicita por FEBE la exención es una conducta prohibida por el Art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , y 2º/ Si en el supuesto de que se considerase prohibida por el Art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , la misma resultaría autorizable al amparo de lo dispuesto en el art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia .

Respecto a la primera de las cuestiones planteadas, la actora alega que, la recomendación propuesta resulta inocua desde el punto de vista de la competencia, teniendo un carácter meramente orientativo, no resultando vinculante para sus asociados, siendo una medida puramente reactiva, cuya finalidad sería precisamente hacer frente a una conducta contraria a la libre competencia.

Tiene razón el Abogado del Estado cuando señala: a) que al manifestar la Resolución impugnada que "FEBE... integra el 90% de las empresas dedicadas a la fabricación, comercialización e importación de bebidas alcohólicas que operan en España", está concretando, tanto el mercado geográfico como el mercado de productos que resulta relevante a los efectos de la autorización singular que se solicita; b) del mismo modo debe asumirse la argumentación del TDC que señala que, la recomendación colectiva se refiere conclusiones comerciales que afectan a la singularidad inherente a cada empresa, habiendo declarado la Comisión Europea: que " los acuerdos cuyo único objetivo sea conseguir en común aquellas informaciones que las empresas precisan para determinar autónoma e independientemente su futuro comportamiento en el mercado, o recurrir individualmente a un organismo consultivo común, no tienen por objeto o efecto restringir la competencia, pero -si la libertad de acción de las empresas queda limitada, o si su comportamiento en el mercado se coordina, bien expresamente, bien mediante prácticas concertadas- puede haber una restricción de la competencia. Este es el caso en particular, cuando se hacen recomendaciones concretas, o cuando se fijan conclusiones de forma que provocan, por parte de al menos un sector de las empresas participantes, un comportamiento uniforme en el mercado".

En el caso de autos es evidente que, al afectar la recomendación colectiva que se somete a autorización a condiciones comerciales de competidores, constituye una práctica prohibida por el Art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, sin que ello se vea afectado por el carácter de "no obligatoria", y en tal sentido tiene también razón el Abogado del Estado cuando argumenta por lo que se refiere al supuesto carácter reactivo de la expresada recomendación, que la Federación recurrente se encuentra legitimada para iniciar, mediante denuncia, el correspondiente procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, con objeto de lograr la cesación en dicha conducta y las demás medidas pertinentes, no siendo admisible que, frente a dicha actuación se reaccione llevando a cabo una conducta contraria a las disposiciones de la Ley sobre Defensa de la Competencia.

CUARTO.- Argumentado lo anterior, la segunda cuestión a analizar consiste en determinar si resulta autorizable conforme a lo dispuesto en el art. 4 de la Ley de Defensa de la Competencia.

La autorización singular prevista por el art. 4 exige el cumplimiento de los requisitos y presupuesto establecidos por el Art. 3º, que otorga una potestad discrecional al TDC, correspondiendo al mismo determinar en qué supuesto procede la autorización singular, y siempre teniendo en cuenta el carácter excepcional con el que debe concederse dicha autorización, al suponer la excepción singular de una prohibición establecida con carácter general.

La argumentación contenida en la Resolución impugnada antes transcrita, debe asumirse: ciertamente la recomendación para la que se pide autorización no tiene como finalidad la adecuación de la oferta a la demanda frente a una pretendida crisis del sector, ni se justifica por la Asociación solicitante ninguna ventaja económica de interés general que aporte la recomendación, ni beneficio alguno para los consumidores, y efectivamente más parece que dicha recomendación reportará beneficios sólo a los empresarios que forman parte de la Asociación y que no están en condiciones de asumir los costes inherentes a la incorporación de los sistemas de seguridad antihurto que se les exige por algunas empresas de distribución. A la vista de tal argumentación que la Sala asume, resulta ajustada a derecho la denegación de la autorización singular al no cumplirse con las condiciones exigidas por el Art. 3

de la Ley de Defensa de la Competencia , por lo que debe desestimarse el recurso interpuesto.

QUINTO.- De conformidad con el Art. 139 de la Ley Jurisdiccional no se aprecian méritos que determinen la imposición de una especial condena en costas.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:

PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. PEDRO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ en nombre y representación de FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE BEBIDAS ESPIRITUOSAS contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de Diciembre de 2002, por ser la misma ajustada a derecho.

SEGUNDO.- No haber lugar a la imposición de una especial condena en costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.