

Id Cendoj: 28079230062001100319
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 1797/1998
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: FERNANDO DELGADO RODRIGUEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a doce de noviembre de dos mil uno.

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 06/1797/1998 se tramita a instancia de FLEUROP **INTERFLORA** ESPAÑA, S.A., representada por el Procurador D. Jorge Deleito García, con asistencia Letrada, contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 29 de Julio de 1.999, sobre Prácticas restrictivas, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 35.000.000,- de pesetas. Ha sido Codemandados D. Jesús Carlos Y OTROS, Procuradora D^a Carmen Lorenci Escarpa y LINEA DE FLORES, S.A., Procuradora D^a Blanca Borriatua Horta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por FLEUROP **INTERFLORA** ESPAÑA, S.A., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 29 de Julio de 1.999, solicitando a la Sala revoque el acuerdo recurrido.

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 del plazo legal la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO.- Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, la Sala dictó auto en fecha 22 de Marzo de 2001 con el resultado obrante en autos. Evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 7 de Noviembre de 2001.

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

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente D. Fernando Delgado Rodríguez

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso, 1797/98 al que se acumuló por Auto de 25 de Abril de 2000 el Rec. 807/99, según el escrito de interposición: a) La providencia de admisión a trámite del expediente 438/98 **INTERFLORA** dictada por el Pleno del TDC el 14 de Septiembre de 1.998. b) La providencia de la instructora del SDC de 3 Agosto de 1.998, acordando dar por concluidas las actuaciones, previo a Informe previsto en el art. 37 nº 3 de la Ley 16/89, de 17 de julio, y emitido por dicha instructora el 7 de agosto de 1.998; así como el Acta de la audiencia de tal instructora de 18 Septiembre de 1.998, los tres actos administrativos consignados en el epígrafe b) no fueron notificados personalmente a la actora, y sólo los conoció al serle puesto de manifiesto el expediente por el TDC el 23 Octubre de 1.998, alegando indefensión según el art. 24 de la Constitución.

SEGUNDO.- También es objeto del presente recurso en cuanto afecta al recurso acumulado 807/99 la Resolución (Expte. 438/98, **Interflora**) de 29 de Julio de 1.999, del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia. En la parte dispositiva de dicha Resolución el TDC entre otras decisiones declaró que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, consistente en imponer las cláusulas 6.4; 6.9 y 8.2 (apartado7), así como el numeral 4 del apartado "Prohibiciones" del Anexo III en el "Contrato Comercial **Interflora** ", suscrito con sus afiliados, sean o no accionistas por las que se obliga a los contratantes a no prestar servicios que no hayan sido previamente aprobados por Fleurop- **Interflora** España S.A. a no ejercer actividades que hagan la competencia a los servicios prestados por la red **Interflora** , ni ejecutar las órdenes transmitidas por establecimientos no incorporados a dicha red, siendo ello motivo de resolución del contrato. Siendo responsable de dicha práctica restrictiva de la competencia, en concepto de autora, Fleurop- **Interflora** España S.A.; e intimó a la citada empresa al cese de la mencionada práctica y a que se abstenga de realizarla en el futuro. Sancionando a la actora con la multa de treinta y cinco millones de pesetas.

TERCERO.- La Abogacía del Estado planteó la alegación previa de la inadmisibilidad del recurso por ser dirigido contra actos de trámite. Cuestión resuelta en Auto de 18 de Marzo de 1.999; por lo tanto al haberse acumulado los recursos 807/99, sobre la resolución recurrida; y el actual sobre tales actos de trámite, procede examinar en conjunto el asunto, con los argumentos esgrimidos en la demanda y en las respectivas contestaciones que abordan el fondo del asunto, sin necesidad de detenerse en tales trámites, más que en la medida que fueron analizados en aquélla resolución por coherencia procesal, y atendiendo a la doctrina del Tribunal Supremo, expresada entre otras en su sentencia de 26 de Junio de 1.998, (R-5.918).

CUARTO.- En la demanda se alega la caducidad del procedimiento, pero entiende la Sala que la LDC es una Ley especial en materia de procedimiento, que en su art. 50 señala la supletoriedad de la Ley de Procedimiento Administrativo, actual Ley 30/92, que ha sustituido a la anterior, y establece en el apartado 3 de la Disposición derogatoria que "se declaran expresamente en vigor las normas cualesquiera que sea su rango, que regulen procedimientos de las Administraciones Públicas en lo que no contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley". Por tanto sigue el mismo sistema, siendo la Ley 30/92 supletoria de la LDC. En este caso, el expediente ha sido iniciado por medio de denuncia y, al tener los denunciados interés legítimo, se les ha considerado interesados en el expediente y el procedimiento es susceptible de producir efectos favorables para los interesados, por lo que no es de aplicación el art. 43.4 de la Ley 30/92, sólo aplicable "cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables a los ciudadanos" y, por lo tanto, el plazo de caducidad establecido en el Reglamento que la desarrolla, tampoco se puede aplicar, porque el plazo de 6 meses establecido en el R.D. 1398/93, está previsto para actuaciones generales de la Administración en el ámbito sancionador, pero no para el supuesto específico regulado en la L.D.C. cuyos plazos para cada uno de los trámites no están regulados como norma general por el R.D. 1398/1993. La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medida Fiscales, Administrativas y del Orden Social establece en su disposición adicional séptima que "los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por su normativa específica y supletoriamente por la Ley 39/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", y añade un nuevo artículo 56 a la LDC, limitando el plazo máximo de duración del procedimiento a 18 meses ante el Servicio y 12 meses ante el Tribunal con posibilidad de interrupciones por diversas causas. No concurriendo en este caso caducidad de instancia porque esta norma no es aplicable al presente caso, al iniciarse la tramitación del expediente administrativo mediante Providencia de 29 de Octubre de 1.996 del SDC, cuando aún no estaba vigente dicho nuevo art. 56 de la LDC según la D.T. 12ª de la Ley 66/97. Antes de esta ley no estaba prevista la caducidad en la LDC, no siendo aplicable la Ley 30/92, según doctrina del TS fijada en sentencias de su Sala 3ª de 20 de Enero de 1.997 y 22 de Octubre de 1.997.

QUINTO.- En la demanda también se alude a ciertas cuestiones del procedimiento administrativo que consideramos correctamente resueltas por el TDC al entender que el instructor hizo un estudio de mercado suficiente, y durante la fase de tramitación del expediente ante el T.D.C., solicitó un estudio de mercado, que fue realizado y cuya conclusiones no difieren de la del Instructor. Sobre la presunta indefensión por supuesta falta de alegaciones, es ajustado a Derecho entender que después de la valoración del Pliego de Concreción de Hechos, el 8 de agosto en 1997, la actora tuvo ocasión de realizar alegaciones, y presentó diversos escritos, hasta que por Providencia de 3 de Agosto de 1.998 se dieron por concluidas las actuaciones en el S.D.C. Posteriormente en el TDC también tuvo ocasión de proponer prueba y, cerrado el período probatorio, valorarlas. Así pues, si concurre alguna irregularidad procedimental no produce indefensión material en este caso, puesto que la recalificación del TDC, al ver el expediente para su admisión a trámite porque el objeto del mismo era un contrato y que la inculpada era una sociedad cuyos accionistas eran floristas, está debidamente justificada; y según el art. 43 LDC, decidió oír al Instructor y, notificar a los interesados que de los hechos objeto de imputación podrían asimismo, ser declarados práctica prohibida por el art. 1 LDC, lo que no causó indefensión. Y según el Auto del 19 de febrero de 1.999, la denegación de la prueba propuesta se debió a que no tenía relación con las imputaciones del expediente y la no celebración de vista y su sustitución por el trámite de conclusiones es una potestad del TDC, que decidió con buen criterio, así como con la sustitución de las pruebas propuestas en la Providencia de 19 de mayo de 1.999, se trató de una modificación de la forma de practicar la prueba propuesta, y se sustituyó por una certificación a realizar por la propia sociedad debido a razones de economía procesal y con el fin de conseguir una mayor fiabilidad. Lo cual considera la Sala que no constituye causa de nulidad del expediente administrativa, debiendo entrarse a dilucidar el fondo del asunto.

SEXTO.- La parte actora en la demanda considera que no tiene posición de dominio en el mercado, ni ha podido abusar de la misma, desmintiendo las diversas infracciones del artículo 6 LDC, que le imputa el TDC en la resolución recurrida.

Pero con carácter previo, la Sala debe considerar que en este caso según el estudio de mercado del TDC, las flores y plantas, como regalo en determinadas fechas u ocasiones, son poco sustituibles por otros productos y, aunque hubiera bienes potencialmente sustitutivos de las flores no existen redes similares para enviarlos a distancia. Siendo el mercado de referencia, las flores y plantas ornamentales, para su entrega a distancia. Y el mercado geográfico relevante es el mercado nacional.

Según considera el TDC en el fundamento de derecho quinto de la resolución recurrida, del estudio de mercado elaborado se desprende que **Interflora** tiene posición de dominio por su elevada cuota de mercado (más del 77 por ciento, tanto en número de pedidos como en el valor de los mismos), por la fuerte implantación de su marca (debido a haber sido la primera y, durante mucho tiempo, prácticamente única empresa en el mercado ofertando el servicio) y por aglutinar a las mejores floristerías en un mercado con fuertes barreras de entrada por el elevado número y calidad de las floristerías asociadas a **Interflora** (y, en gran parte accionistas de la misma), que se ve reforzada por la condición de exclusividad impuesta a su red. Un dato que permite resaltar la dificultad de entrar y ganar cuota en este mercado es el principal competidor de **Interflora**, Teleflora, habiendo conseguido ampliar su red de floristería hasta dispone de una, incluso, más extensa que aquélla en cuanto a número de floristerías, sólo ha conseguido que su cuota de mercado se situó en el 20 por ciento (tanto en número de pedidos como en valor de los mismos).

SEPTIMO.- Según la documental practicada ha quedado acreditado que **Interflora** ha impuesto en su modelo de "Contrato Comercial **Interflora** ", a suscribir por sus afiliados, sean o no accionistas, las siguientes cláusulas: 1) Cláusula 6.4 ("El contratante se obliga a no prestar servicios que no hayan sido previamente aprobados por escrito de **interflora** ..."), 2) cláusula 6.9 (El contratante se compromete a no ejercer directa o indirectamente, actividades remuneradas o no, que sean incompatibles o hagan competencia a los servicios prestados por la red de **Interflora**, salvo en los casos o con las entidades que previamente y por escrito autorice el Consejo de Administración de **Interflora**), cláusula 8.2 que establece entre las causas automática de resolución del contrato que el florista "adquiera intereses o participase, directa o indirectamente, en una actividad comercial de la competencia de **Interflora** ", así como 4) el numeral 4, apartado "PROHIBICIONES", del Anexo III: ("La ejecución de órdenes transmitidas por el establecimientos no incorporados a la red **Interflora**, aunque sus titulares sean afiliados a la red por razón de otro establecimiento"). Y la actora mediante estas cláusulas limita la actividad de sus afiliados, les prohíbe ejercer actividades que hagan la competencia a los servicios prestado por su red y ejecutar los encargos que reciban de establecimientos no pertenecientes a la red bloqueando la posibilidad de los competidores de acudir a los servicios de floristas que estén afiliados a dicha red constituye una conducta dirigida a impedir o, al menos, obstaculizar significativamente a sus competidores actuales o potenciales el acceso o desarrollo en el mercado, lo que supone una infracción del artículo 6 LDC.

En conclusión el TDC considera que ha quedado acreditado que **Interflora** ha infringido el artículo 6 LDC, abusando de su posición de dominio, al imponer en su modelo de "Contrato Comercial", a sus afiliados las cláusulas 6.4; 6.9 y 8.2 (apdo. 7) y el numeral 4 del apartado "Prohibiciones" de su Anexo III.

OCTAVO.- La parte demandante contrapone a dicha conclusión que el "Contrato Comercial **Interflora**" es un contrato de franquicia de servicios, por lo que considera que las cláusulas son válidas al tratarse de limitaciones fundadas en el Reglamento CEE 4.087/88 de la Comisión, relativo a los acuerdos de franquicia. La Sala entiende que aunque se calificara de contrato de franquicia no cumple el artículo 1 del Real Decreto 157/1992, por el que se desarrolla la LDC en materia de exenciones por categorías, que condiciona la autorización de los acuerdos de franquicia al cumplimiento de la disposiciones establecidas en el Reglamento CEE nº 4.087/88 de la Comisión, puesto que las cláusulas citadas no reúnen los requisitos de la exención prevista, puesto que no están cubiertas por el artículo 3 del dicho Reglamento al no ser necesarias para la protección de los derechos de propiedad de **Interflora** o para mantener la identidad común y la reputación de la red. Si los floristas afiliados a **Interflora** atienden encargos que provengan de otros clientes o de otras redes no perjudican el normal funcionamiento de **Interflora** ni permiten a los competidores beneficiarse de la reputación, ni del conjunto de conocimientos prácticos no patentados derivados de la experiencia con carácter secreto, sustancial e identificado; ni de la mecánica de cobros y pagos de la red **Interflora**. Y si un cliente o red distinta hace el encargo a una floristería determinada para su ejecución y entrega directa por medios de general disposición y puesto que el florista ya sabe hacer el ramo y asume el riesgo del cobro, ninguna de las operaciones significa un aprovechamiento ilícito de lo que **Interflora** aporta a los floristas. No concurriendo en este caso indefensión por el tratamiento dispensado en este recurso a la confidencialidad en ciertos aspectos del expediente administrativo, porque a levantarse aquella medida precautoria no se ha perjudicado la posición jurídica de la recurrente.

NOVENO.- El principio de proporcionalidad considera la actora que no fue debidamente aplicado por el TDC en este caso puesto que su beneficio es el 16% en concepto de comisión que obtiene del volumen de negocio de las tiendas incorporadas a su red de distribución, representando su importe neto de prestación de servicios que el negocio de la actora 367.444.525 ptas., al que aplicado el porcentaje aplicado por el TDC del 1,4% sobre los ingresos de explotación brutos sin haber deducido los gastos, resulta un montante de cinco millones de pesetas. De otro modo, si se mantuviera el criterio de la resolución recurrida la sanción equivaldría al 55% de los beneficios de la recurrente, considerando al demandante que fue impuesta en su grado máximo. Dicho argumento ha sido admitido por los codemandados individuales en su escrito de conclusiones; y no ha sido desvirtuado por el otro codemandado por lo que debe prosperar, debiendo fijarse el importe de la multa en cinco millones ciento cuarenta y cuatro mil doscientas veintitres pesetas.

Así pues, en este caso el principio de proporcionalidad sancionadora no ha sido correctamente aplicado por la Administración en la resolución recurrida debiendo ser revocada en parte la cuantía de la sanción impuesta a la recurrente en atención a la doctrina jurisprudencial sobre dicho principio fijada entre otras en las sentencias de la Sala 3ª, Sección 7ª del TS de 1 de Febrero y 30 de Abril de 1.995, y 28 de Febrero de 2000, que son conformes a la doctrina del TC en sus sentencias de 28 de Marzo de 1.996, 2 de Octubre de 1.997 y 20 de julio de 1.999, dictadas en materia sancionadora; discutiéndose en la demanda la cuantificación de la multa impuesta, como ocurría en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Octubre de 1.997 (R-7.421), y por lo tanto procede revocar la resolución recurrida en la parte de la cuantía de la sanción impuesta.

DECIMO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art. 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

Estimar en parte el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de FLEUROP **INTERFLORA** ESPAÑA, S.A., reduciendo la multa impuesta a cinco millones ciento cuarenta y cuatro mil doscientas veintitres pesetas, en la Resolución del TDC de 29 de Julio de 1.999.

Sin expresa imposición de 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.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Ilmo. Sr. Presidente D. FERNANDO DELGADO RODRIGUEZ estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-