

Id Cendoj: 28079230061998100032
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 0707/1996
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: FERNANDO DELGADO RODRIGUEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

SENTENCIA

Madrid, a tres de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

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 06/707/1996, se tramita a instancia de ASOCIACION PROFESIONAL DE VENDEDORES DE PRENSA DE CANTABRIA y de D. Jose Ángel , representado por el Procurador D. Ignacio Valverde Canovas, con asistencia Letrada, contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 4 de Julio de 1.996 sobre practicas restrictivas de la competencia, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo de 5.500.000 de pesetas. Ha sido codemandado la DISTRIBUIDORA PEÑA SAGRA, S.A. (Ltrado Sr. Fernández Garrido).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por ASOCIACION PROFESIONAL DE VENDEDORES DE PRENSA DE CANTABRIA y de D. Jose Ángel , 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 4 de Julio de 1.996, solicitando a la Sala anule la resolución recurrida.

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, por la parte recurrente la Sala dictó auto en fecha 13 de Mayo de 1997 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 1 de Diciembre de 1.998.

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 la Resolución exp. 366/95 (Vendedores Prensa Santander), de fecha 4 de Julio de 1.996, del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, cuya parte dispositiva contiene los siguientes pronunciamiento: "Declarar la comisión de una infracción del Art. 1 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, consistente en la adopción por la Asamblea General de la Asociación Profesional de Vendedores de Prensa de Cantabria celebrada el 7 de Octubre de 1.993 del acuerdo de "la no venta de Género de Peña Sagra S.A.", acuerdo que fué seguido por 103 vendedores de prensa. Es sujeto activo responsable de esta infracción la Asociación Profesional de Vendedores de Prensa de Cantabria. Imponer a la Asociación citada la multa de 5 millones de pesetas. Imponer a D. Jose Ángel , presidente de la misma asociación, la multa de 500.000 pesetas. Ordenar a la Asociación Profesionales de Vendedores de Prensa de Cantabria la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de esta resolución en el BOE y en uno de los dos diarios editados en Santander y de mayor circulación en Cantabria".

El origen de dicha resolución se remonta al día 4 de noviembre de 1.993, en que tiene entrada en la Dirección General de Defensa de la Competencia una denuncia de Administración de Peña Sagra contra la ASOCIACION PROFESIONAL DE VENDEDORES DE PRENSA DE CANTABRIA, y los miembros de su Junta Directiva, por celebrar una asamblea el día 7 de Octubre de 1.993 con objeto de tratar problemas que tienen los vendedores de prensa con la empresa DISTRIBUIDORA PEÑA SAGRA, S.A., y el cual se acordó "aplicar la medidas que ya se habían propuesto en anteriores asambleas, en concreto la cancelación temporal de la recogida del género de Peña Sagra y dejar de vender sus publicaciones". La Asociación comunicó el anterior acuerdo a los vendedores de prensa mediante una carta "Circular 10/93", a la que acompañaba un boletín que debía ser rellenado y firmado por los vendedores que estuvieran conformes con la medida adoptada y devuelto a la Asociación, a fin de que ésta lo hiciera llegar a la Distribuidora junto con una serie de peticiones relativas a las condiciones en que debían desarrollarse la relación comercial, "de forma que si ahora también, pese a las firmas y la decisión tomada sigue cerrado a modificar sus métodos, aplicaremos el acuerdo de cancelar la recogida del género de Peña Sagra a partir de la fecha fijada en dicha circular...". En el boletín mencionado el vendedor firmante indicaba a la Distribuidora "que se abstenga de servirle género temporalmente y hasta nuevo aviso. ULTIMA ENTREGA 29 DE OCTUBRE". Y de los 306 clientes reconocidos por la Distribuidora, 103, de ellos 74 pertenecientes a la Asociación , secundaron el acuerdo negándose a aceptar las publicaciones suministradas por Peña Sagra los días 1 y 7 de Noviembre de 1.993". Distribuidora Peña Sagra S.A., es una compañía de distribución de 1.101 publicaciones vigentes que cuenta con un amplio fondo editorial, con ámbito exclusivo en Santander y Cantabria. De los 380 puntos de venta de publicaciones que existen en este territorio son clientes suyos 306.

SEGUNDO.- En el primer semestre de 1.993 se iniciaron las disensiones entre Peña Sagra y la Asociación actora sobre las condiciones que rigen las relaciones contractuales de dicha Distribuidora y los vendedores; precisadas en la Circular 8/93 de la Asociación, que dan lugar a negociaciones entre la partes y en cuya solución se interesa a la Cámara de Comercio de Cantabria que el 11 de mayo de 1.993 dirige una carta al Presidente de la Asociación en la que, recomienda "que planteen sus problemas ante los Tribunales de Justicia con anterioridad a adoptar mediadas de presión que pueden acarrear graves consecuencias a todos los interesados en el conflicto".

La Asociación informa a los asociados de las negociaciones con Peña Sagra en la Asamblea General Extraordinaria celebrada el 11 de Junio de 1.993, acordándose "presionar para bajar los portes, empezando por la distribuidora Peña Sagra por ser la más complicada".

Este acuerdo se reitera en la asamblea celebrada el 16 de Junio de 1.993, sin que se ponga en práctica continuar las conversaciones entre las partes, informando la Asociación en su Circular 8/93, que va a realizar un último intento de acuerdo con Peña Sagra, con mediación de las Editoriales, en cuyo defecto "no quedará otro remedio que romper las relaciones comerciales y aplicar los acuerdos tomados en las asambleas respecto a este tema".

En la Circular 9/93, la Asociación pide la asistencia a la Asamblea General que se celebró el 7 de Octubre de 1.993, con el resultado que hemos relatado en el fundamento anterior.

Las consecuencias contractuales entre la citada Distribuidora, hoy codemandada y los clientes, titulares de los puntos de venta, después de la negativa a aceptar las publicaciones suministradas por aquella los días 1 y 7 de Noviembre de 1.993, afectaron a las siguientes condiciones; la fianza, pago de mercancías a crédito semanal ó al contado, reducción del precio medio del concepto "portes de servicio" por cliente/mes, días de entrega que se rebajan a cuatro semanales con reducción de la cuota por importe de un día, suministro de publicaciones, devoluciones descontadas de la factura semanal y modos de pago de facturas.

TERCERO.- Los vendedores de publicaciones, son autónomos al actuar en nombre propio, estando vinculados a los distribuidores con un contrato no laboral, siendo empresarios independientes sujetos a las leyes del mercado, entre ellas la LDC. El funcionamiento competitivo del mercado exige que las decisiones de quienes en él actúan se tomen autónoma y libremente por cada operador económico. La decisión de una asociación empresarial de negociar un contrato general, corporativo, en interés de los asociados, lo mismo que el acuerdo entre empresarios de llevar a cabo una negociación colectiva, son actos prohibidos por el art. 1 de la Ley 16/1989. Porque al sustituir la oferta colectiva la actuación independiente y al unificar las condiciones contractuales, se está limitando la competencia, que exige tanto una elaboración autónoma de las propias condiciones como su oferta individualizada por cada uno de los operadores presentes en el mercado.

La negociación asociativa resulta prohibida en tanto no la permita la Ley o la autorice singularmente el T.D.C. según el Art. 4 LDC, a solicitud de parte. En este caso, la autorización ni siquiera se ha solicitado, y después de la negociación con Peña Sagra, la Asociación ha adoptado el acuerdo de boicot, acuerdo colusorio que aunque no esté expresamente contemplado en los supuestos específicos enumerados en el Art. 1.1. LDC, debe considerarse incluido en su cláusula general al atacar directamente la libertad empresarial de un operador, -el boicoteado- que se ve forzado a tomar, contra su voluntad, ciertas decisiones de política empresarial para que no se resientan sus ventas e, incluso, para no tener que abandonar el mercado. Es decir, que el funcionamiento competitivo del mercado, basado en decisiones tomadas autónomas y libremente, queda alterado por la coacción ejercida colectivamente por unos operadores. El boicot, como forma de coacción colectiva, es un acuerdo colusorio que no puede tener justificación, incluso en el caso hipotético de que lo que se pretende imponer fuera justo.

La Asociación actora, justifica el acuerdo de boicot como reacción frente al abuso que de su posición de dominio hace la distribuidora imponiendo unilateralmente condiciones no equitativas, que proviene de la exclusiva en Santander y Cantabria de las publicaciones que distribuye. El T.D.C., no ha aceptado dicho alegato porque la actuación de Peña Sagra frente a los vendedores no es objeto de este expediente, aunque ha interesado de oficio al Servicio que realice la correspondiente investigación por si pudiera ser constitutiva de una infracción de la LDC. Pero aún en el supuesto de que la conducta de Peña Sagra infringiera la LDC, la respuesta a una conducta contraria a la LDC no es la comisión de otra infracción, sino la denuncia al S.D.C. del obrar anticompetitivo para que proceda a su persecución. Y la reacción, en este caso, ha ido más allá de la negociación colectiva llegándose a acordar y practicar un boicot a Peña Sagra. Por ello el S.D.C. ha centrado su acusación en el acuerdo de boicot, estimando implícitamente que esta conducta absorbe o incluye la negociación, previa y posterior al acuerdo, de la Asociación con Peña Sagra. Dicho criterio considera la Sala que es correcto jurídicamente.

Se ha alegado también que el acuerdo del 7 de Octubre de 1.993, no fué un acuerdo de la Asociación porque a la Asamblea acudieron una multitud de vendedores que no eran socios, con lo que el acuerdo quedó desnaturalizado o nulo. El TDC tampoco consideró procedente dicho argumento porque en el acta de la Asamblea, a la que no se acompaña lista de asistentes, no se hace mención de dicha circunstancia, ni se pone en duda que fué una Asamblea convocada por la Asociación "para tratar de Peña Sagra y presidida por su Presidente". Y si fuera cierta la asistencia y votación de personas ajenas a la Asociación -cuya identificación no se ha proporcionado-, se plantearía una cuestión de coautoría -de la Asociación y de los vendedores no miembros y no una exclusión de la autoría de la Asociación, que es lo que la alegación pretende. Para que se declare autores a los vendedores individualmente considerados es preciso que el acuerdo sea tomado por ellos y no como miembros de una persona jurídica, de modo que no haya intervención, mediación o utilización de ninguna asociación o persona moral equivalente.

Este razonamiento, entendemos que es ajustado a derecho, y debe ser confirmado por la Sala.

CUARTO.- Se alega también, negando la autoría de la Asociación, que la decisión de no recoger la mercancía de Peña Sagra fué tomada individualmente, por cada vendedor, al suscribir el boletín en que cada firmante manifestaba a Peña Sagra que la última entrega aceptada será la del 29 de Octubre. Ante lo cual el T.D.C., considera que la Asociación confunde aquí el acuerdo de boicot - que fué el tomado en la

Asamblea- y su ejecución, que únicamente pueden realizar los vendedores, a quienes iba dirigido, porque la Asociación como tal no vende publicaciones. Por otra parte la Asociación ha hecho todo lo que estaba en su mano para llegar al acuerdo de boicot, que venía anunciando en anteriores Asambleas- y para el éxito de su ejecución, comunicando su adopción a todos los vendedores de prensa y no sólo a los socios, facilitando el boletín a rellenar y entregándolo a Peña Sagra al tiempo que conservaba una copia para control de los ejecutores del acuerdo y la Asociación ha decidido poner fin al boicot cuando Peña Sagra cedió, comunicándolo así a los ejecutores. En suma, la pretensión de la Asociación de que sean inculpados sólo los vendedores individuales no puede ser acogida, según concluye la TDC con acierto jurídico según entiende la Sala.

La alegación de que no se ha acreditado que el boicot ha provocado perjuicio a Peña Sagra no dispensa de responsabilidad a la actora porque el único perjuicio que exige el Art. 1 LDC para que se produzca la infracción, es la competencia y no el causado a los competidores o los consumidores; y el perjuicio a la competencia basta con que sea potencial: acto "que produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia..."

El perjuicio a otros intereses que tiene en cuenta la Ley para graduar la cuantía de las sanciones según el Art. 10.2.d) LDC, en este caso, se patentiza al afectar la adquisición de publicaciones por los consumidores, que han tenido que acudir a los vendedores que no secundaron el boicot, y un daño a Peña Sagra, que ha tenido que aceptar nuevas condiciones contractuales y que no ha vendido las publicaciones que no han querido recoger los seguidores del boicot, los días 1 y 7 de Noviembre de 1.993, La cuantificación específica de este daño tiene interés para el ejercicio de la acción indemnizatorio pero no para la resolución de este expediente porque no corresponde al TDC el conocimiento de la acción de daños según el art. 13 LDC.

El art. 10 autoriza a imponer una sanción a los autores de la práctica para lo que exige la culpabilidad de la conducta (que infrinjan la Ley "deliberadamente o por negligencia"). Requisito que se cumple porque la Asociación ha actuado con conciencia de la antijuridicidad de su acción, pues se lo había advertido la Cámara de Comercio, y con voluntariedad respecto a la adopción del acuerdo. Y para determinar su cuantía respecto de la Asociación, por no tener cifra de ventas, no podrá exceder de 150 millones de pesetas. El mismo artículo señala unos criterios de cuya aplicación resulta: que el boicot es una coacción colectiva dirigida contra un empresario determinado, tiene un efecto limitado respecto del mercado en su totalidad de Cantabria al que alcanza la exclusiva de Peña Sagra que el boicot se ha practicado por 103 de los 380 puestos de venta existentes y ha obligado a Peña Sagra a aceptar determinadas condiciones, y aunque el acuerdo de 7 de Octubre de 1.993 haya sido precedido de algún acuerdo similar anterior, la Asociación no ha sido condenada ni expedientada por hechos similares con anterioridad, por lo que no cabe apreciar la reiteración. y una vez ponderadas dichas circunstancias el TDC, estima adecuada una multa de 5 millones de pesetas, conclusión en que el principio de proporcionalidad ha sido aplicado correctamente a juicio de la Sala, en este caso, al corresponder a la graduación mínima, del tercio inferior sobre el tope legal.

El art. 10.3 permite imponer también una sanción a los representantes legales de la persona jurídica o a quienes integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. La denuncia atribuía el acuerdo de 7 de Octubre de 1.993 a la Junta Directiva; pero se ha probado que el acuerdo lo fue de la Asamblea por lo que los miembros de la Junta quedan exentos de responsabilidad personal. No así D. Jose Ángel, presidente de la Asociación y a quien corresponde su representación legal según el art. 20.3 de los Estatutos, a quien se le impone una multa de 500.000 pesetas. Aspecto sancionador que también la Sala considera ajustado al principio de proporcionalidad en su graduación mínima, al no comprender la exclusión del segundo párrafo del art. 10 nº 3 de la LDC al caso del citado recurrente individual, puesto que según se reconoce en la demanda estuvo presente en la Asamblea cuestionada, bastando el ejercicio de su cargo representativo para ser sancionado legalmente.

En cumplimiento de lo dispuesto por el Art. 46.5 LD se ordena la publicación de la parte dispositiva de la resolución recurrida en el BOE y en uno de los dos diarios editados en Santander y de mayor circulación en Cantabria, lo cual resulta ajustado al ordenamiento jurídico, debiendo ser confirmado en la presente instancia jurisdiccional.

QUINTO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art. 131.1 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:

DESESTIMAR el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de ASOCIACION PROFESIONAL DE VENDEDORES DE PRENSA DE CANTABRIA Y DE D. Jose Ángel , confirmando la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 4 de Julio de 1.996, a que las presentes actuaciones se contraen, por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará constar que contra la misma no cabe recurso de casación, conforme previene el art. 248.4 de la Ley Orgánica 6/1.985 de 1 de Julio, 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, lltmo. Sr. Presidente D. FERNANDO DELGADO RODRIGUEZ estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-