

Id Cendoj: 28079230062008100098
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 159 / 2005
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintidos de febrero de dos mil ocho.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha

promovido Racer Car S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Argimiro Vázquez Guillén, 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 21 de enero de 2005, relativa a archivo de actuaciones, siendo Codemandada Cofiber y Hedasa y la

cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Racer Car S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Argimiro Vázquez Guillén, 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 21 de enero de 2005, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución que nos ocupa.

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 lo que a tal fin estimó oportuno e igualmente hicieron los codemandados.

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 doce de febrero de dos mil ocho.

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 demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la

Competencia de fecha 21 de enero de 2005, por la que se acuerda el archivo de actuaciones realizadas como consecuencia de la denuncia presentada por la hoy recurrente frente a las codemandadas, al entender el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia, que no concurrían indicios racionales de infracción administrativa que justificaran la continuación de actuaciones encaminadas a perseguirla.

Los hechos que han dado origen al presente recurso son los que siguen: la recurrente denunció a las hoy codemandadas por la obligatoriedad exigida a los concesionarios de Hyundai España, de contratar la financiación de un porcentaje de vehículos en stock con Cofiber, así como por el contenido de las cláusulas 3.2 y 3.4 del contrato tipo, la primera referida a la concesión de poder al suministrador para presentar ante Cofiber las facturas y documentos de vehículos suministrados a los concesionarios, y la segunda, relativa al exceso en el límite de crédito pactado, especialmente en lo referido al recargo por exceso de límite.

El Servicio en su Resolución de 28 de octubre de 2004, entendió que la conducta no vulneraba la libre competencia y ordenó el archivo, que fue confirmado por el TDC en la Resolución hoy impugnada.

La recurrente sostiene que los hechos descritos son constitutivos de la infracción tipificada en el *artículo 1 de la Ley 16/1989*.

SEGUNDO: El examen del alcance jurídico de los hechos establecidos, pasa por el análisis de varios preceptos, esenciales en la resolución del presente supuesto:

A) El *artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio*, en su redacción dada por *Ley 52/1999 de 28 de diciembre*, dispone: " 1 Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. 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."

El *artículo 6 de la misma norma en su redacción igualmente por Ley 52/1999* establece: "1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. 2. El abuso podrá consistir, en particular, en: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios y 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."

Por último, y en la misma redacción señalada, el *artículo 7* dispone: "El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público"

Respecto de este último precepto, la sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 de 11 de noviembre declaró inconstitucional el inciso "en todo o en parte del mercado nacional".

B) El *artículo 10.1* del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los *artículos 1, 6 y 7* ... Multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas..." - hoy la suma ha de entenderse de 901.518,16 euros -.

De los preceptos citados resulta: 1) La actividad tipificada en el tipo sancionador del *artículo 1* lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o mas sujetos a tal fin. El tipo infractor no

requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. La conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.

2) El tipo sancionado en el *artículo 6* lo es el *abuso de posición de domino*, lo que presupone dos elementos, la existencia de una posición de dominio en el mercado de referencia y el abuso de tal posición. Las conductas que se consideran abusivas y se explicitan en el propio precepto, lo son a título enunciativo, pues el elemento esencial lo es que la conducta sea efectivamente abusiva aún no respondiendo a alguno de los supuestos señalados por la norma. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que la conducta sea objetivamente apta para alcanzar tal fin, tenga éxito o no la misma.

3) El supuesto del *artículo 7* viene constituido por actos de competencia desleal, ahora bien, la intervención del regulador solo es posible cuando la conducta afecte sensiblemente a la libre competencia o al interés público.

En relación al segundo de los *preceptos citados*, conviene destacar, de un lado, que la *conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente* económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el *precepto se refiere a un elemento intencional o negligente* -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

TERCERO: Es cierta la afirmación contenida en la Resolución impugnada en cuanto que el tipo descrito en el *artículo 1 de la Ley 16/1989 requiere la concurrencia de dos* o más sujetos - lo que el TDC denomina la bilateralidad -. Esta concurrencia ha de consistir en un comportamiento coordinado, pues se trata de un acuerdo, expreso, tácito o comportamiento consciente, tendente a uniformar actuaciones en el mercado susceptibles de vulnerar la libre competencia y que, por ello, ha de realizarse entre competidores.

Para que una conducta pueda ser subsumida en el *artículo 6 de la Ley 16/1989*, en relación al abuso de dominio, es necesario que concurren dos elementos, el primero que exista una posición de dominio en el mercado de referencia, y otro, que exista un comportamiento abusivo.

En cuanto a la conducta del *artículo 7*, con independencia de que efectivamente pueda existir un comportamiento constitutivo de conducta desleal, que habrá de dirimirse ante los Tribunales competentes, es necesaria una afectación sensible en la libre competencia, que afecte al interés público, supuestos estos en los que el regulador estaría facultado para actuar.

Pues bien, el TDC justifica sus decisión en dos elementos, el primero que las entidades codemandadas pertenecen a un mismo grupo empresarial y por ello no son competidoras entre si, y, de otra parte, que la conducta no afecta a la competencia de manera sensible lo que impide la intervención del regulador.

Respecto a la obligatoriedad de obtener la financiación mediante una misma entidad, al margen de que las codemandadas lo niegan, lo cierto es que las entidades implicadas no son competidoras entre si, ni ninguna de ellas ostenta posición de dominio. Por ello la conducta no es subsumible en los *artículos 1 y 6* citados.

Respecto al *artículo 7*, pudiera concurrir el elemento de competencia desleal si efectivamente se obliga a obtener financiación por un único conducto, pero en todo caso esta cuestión, que podría ventilarse como cuestión entre privados ante los Tribunales civiles, no reviste la gravedad suficiente como para entender que afecta o puede afectar al interés general, único caso en el que los órganos de defensa de la competencia podrían intervenir. No existe elemento alguno aportado por el recurrente del que deducir que efectivamente el comportamiento reviste la gravedad suficiente como para entender afectado real o potencialmente el interés público.

Algo similar hemos de decir respecto de las cláusulas 3.2 y 3.4. Con independencia de que las mismas pudieran ser contrarias a Derecho, y este es un asunto que ha de someterse a los Tribunales civiles, lo cierto es que no se aprecia incidencia sensible en la libre competencia, lo que impide al Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia que puedan ejercer sus potestades sancionadoras, pues la

afectación real o potencial del interés público en cuanto perjuicio sensible a la libre competencia, es un elemento que no puede obviarse en el ejercicio de dichas facultades.

Estas cuestiones, en cuanto afectan a relaciones privadas han de ser resueltas ante los tribunales civiles, pero para que puedan ser objeto de reprensión administrativa es necesaria la afectación, real o potencial, pero de manera sensible a la libre competencia y sobre ello no se ha aportado elemento alguno por las partes, en el que la Sala pueda fundar una afirmación de afectación del interés público.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *artículo 139.1 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 Racer Car S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o Argimiro Vázquez Guillén, 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 21 de enero de 2005, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la 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.