

Id Cendoj: 28079230062007100045  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 499 / 2004  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA  
Tipo de Resolución: Sentencia

## **SENTENCIA**

Madrid, a diecinueve de enero de dos mil siete.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Técnicas Ganaderas** del Sur S.L., y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. Dº Luciano Rosca Nadal, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2004, relativa a archivo de expediente sobre libre competencia, siendo Codemandada Westfalia Surge Ibérica S.L. y la cuantía del presente recurso indeterminada.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por **Técnicas Ganaderas** del Sur S.L., y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. Dº Luciano Rosca Nadal, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2004, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución y la continuación del expediente sancionador.

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.

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 nueve de enero de dos mil siete.

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 19 de octubre de 2004, por la que se acuerda confirmar la Resolución del Servicio de

Defensa de la Competencia de fecha 7 de julio de 2004 respecto de la denuncia formulada por la hoy actora.

SEGUNDO: El origen del presente recurso se encuentra en el archivo del expediente incoado tras una denuncia de la hoy actora en la que se afirma que la codemandada ha aplicado un sistema coactivo de corte de suministros y recambios de los productos que comercializa con el fin de presionar para saldar una deuda, y la fijación de precios máximos en toda la gama de sus productos.

Los hechos que subyacen en el presente conflicto son los que siguen: la codemandada es una compañía que distribuye en España una gama de productos en el sector ganadero en relación con técnicas de ordeño y refrigeración, sistemas de recuperación de calor, técnicas de alimentación del ganado, sistemas de control de rebaños, detergentes y desinfectantes y artículos para higiene de ubres, bajo distintas marcas. Ostenta el 20% del mercado - según afirma la actora . y tiene una red de 40 distribuidores. La recurrente es una empresa distribuidora y comercializadora de la codemandada en virtud de contrato suscrito el 1 de julio de 2001.

La codemandada instó, el 9 de junio de 2003, demanda frente a la hoy actora para la resolución del contrato y abono de deuda. Por su parte la recurrente había interpuesto querrela criminal frente a los representantes de la codemandada que fue archivado por auto de 24 de julio de 2003 por el Juzgado de Instrucción nº 9 de Granollers .

Existen tres cuestiones que hemos de analizar, la primera relativa al comportamiento de corte de suministros, la segunda relativa a la existencia de un contrato tipo indefinido con pacto de exclusividad y la tercera relativa a la fijación de precios máximos.

TERCERO: El Tribunal de Defensa de la Competencia puede conocer de actos de comportamiento desleal conforme al *artículo 7 de la Ley 16/1989* :

"1. 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 siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias:

a. Que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado.

b. Que esa grave distorsión afecte al interés público.

2. Cuando, a juicio del Servicio de Defensa de la Competencia, no concurren dichas circunstancias, procederá al archivo de las actuaciones.

Pues bien, las relaciones entre privados pueden tener trascendencia cuando la conducta distorsione gravemente el mercado y afecte al interés público.

Pues bien, en el presente caso existe un conflicto jurídico entre las partes en relación con el primero de los hechos denunciados, que envuelve un incumplimiento de contrato. Tales cuestiones han de resolverse ante los Tribunales competentes del orden civil y, en su caso, penal, pero no es cuestión de la que pueda conocer el Tribunal de Defensa de la Competencia si no concurre la afectación grave del mercado y del interés público. En el presente caso basta leer las imputaciones de la recurrente para poder afirmar que ni las condiciones del mercado ni el interés público se ve afectado por el comportamiento imputado que no se extiende más allá del conflicto entre la empresa distribuidora y una de sus concesionarias.

En relación a la segunda cuestión, la relativa a los contratos indefinidos con cláusula de exclusividad, hemos de recordar el contenido del Reglamento CEE 2790/1999 de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del *apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE* . El *artículo 2.1 y 2* establece:

"1. Con arreglo al *apartado 3 del artículo 81* del Tratado y sin perjuicio de las *disposiciones del presente Reglamento*, se declara que el *apartado 1 del artículo 81 del Tratado* no se aplicará a los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes puedan adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios (<acuerdos verticales>).

Esta exención se aplicará en la medida en que tales acuerdos contengan restricciones de la competencia que entren dentro del ámbito de aplicación del *apartado 1 del artículo 81* del Tratado (<restricciones verticales>).

2. La exención prevista en el apartado 1 se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre una asociación de empresas y sus miembros, o entre dicha asociación y sus proveedores, únicamente cuando todos sus miembros sean minoristas y ningún miembro individual de la asociación junto con sus empresas vinculadas tenga un volumen de negocios global superior a 50 millones de euros al año. Los acuerdos verticales celebrados por dichas asociaciones estarán amparados por el presente *Reglamento, sin perjuicio de la aplicación del artículo 81* a los acuerdos horizontales celebrados entre los miembros de la asociación o a las decisiones adoptadas por la asociación."

Por último el apartado 4 del mismo artículo establece:

"La exención prevista en el apartado 1 no se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras; no obstante, se aplicará cuando empresas competidoras suscriban un acuerdo vertical no recíproco y:

- a. el volumen de negocios global del comprador no exceda de 100 millones de euros al año, o
- b. el proveedor sea un fabricante y un distribuidor de bienes y el comprador sea un distribuidor que no fabrique bienes que compitan con los bienes del contrato, o
- c. el proveedor suministre servicios a distintos niveles del comercio y el comprador no suministre servicios competidores en el nivel del comercio donde compre los servicios contractuales.

En el presente caso concurren las condiciones antes expuestas en relación a la aplicación de la exención, el problema se plantea en relación a los contratos indefinidos previstos en el *artículo 5* :

"La exención prevista en el *artículo 2* no se aplicará a ninguna de las siguientes obligaciones contenidas en los acuerdos verticales:

- a. cualquier cláusula directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años; una cláusula de no competencia que sea tácitamente renovable a partir de un período de cinco años será considerada como de duración indefinida; no obstante, este límite temporal de cinco años no se aplicará cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador."

Efectivamente los contratos aportados en el ramo de prueba establecen una duración en principio de hasta el 31 de diciembre de 1997 y a partir de ese momento una renovación tácita por años salvo denuncia de alguna parte con tres meses de antelación - *cláusula 9* del contrato tipo -. Ahora bien, la exclusión no opera ante una cláusula de no competencia tácitamente renovable tras una duración inicial de cinco años, y en el presente caso no resulta que la duración inicial del contrato tipo lo fuese de cinco años porque todos se celebraron en fechas que al 31 de diciembre de 1997 no habían transcurrido cinco años.

Estos razonamientos unidos al dato comunicado por la codemandada el 12 de septiembre de 2003 en relación a que había modificado el contrato tipo estableciendo una cláusula de duración de no competencia inferior a cinco años, nos llevan a concluir con el TDC, que no existió peligro potencial de restricción de la libre competencia, con independencia de las relaciones entre partes y la posible declaración de nulidad de cláusulas contractuales por la jurisdicción ordinaria. Pues no olvidemos que la intervención del TDC ha de venir justificada por la afectación a la libre competencia en todo o parte del territorio nacional, lo que excluye de su control los comportamientos que por su entidad no puedan causar tal efecto.

En relación a la cuestión de la fijación de precios máximos, el TDC afirma que, al no establecerse prohibiciones respecto a descuentos, la conducta no es anticompetitiva.

Hemos de recordar el contenido del *artículo 4 del Reglamento CEE* antes citado:

"La exención prevista en el *artículo 2* no se aplicará a los acuerdos verticales que directa o indirectamente, por si solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por

objeto.

a. La renovación de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes..."

Resulta claro que se admite la fijación de precios máximos siempre que no constituyan precios fijos.

Igualmente la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del *apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (2001/C 368/07)*, expresamente excluye la fijación de precios máximos por proveedores siempre que no supongan establecer un precio fijo:

"11. Los puntos 7, 8 y 9 no se aplicarán a los acuerdos que contenga cualesquiera de las restricciones especialmente graves siguientes:

1) En lo que se refiere a los acuerdos entre competidores definidos en el apartado 7, restricciones que, ya sea de manera directa o indirecta y de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las partes, tengan por objeto(7):

- a) la fijación de los precios de venta de los productos a terceros;
- b) la limitación de la producción o las ventas;
- c) el reparto de mercados o clientes,

2) en lo que se refiere a los acuerdos entre no competidores definidos en el punto 8, restricciones que, ya sea de manera directa o indirecta y de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las partes, tengan por objeto:

a) la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes;..."

Pues bien, la fijación de precios máximos de venta al público por proveedores, siempre que admita descuentos, bonificaciones o rebajas del fijado, esto es, que no suponga un precio fijo, no tiene aptitud para alterar, por sí misma, la libre competencia; a diferencia del establecimiento de un precio fijo - que no admitiría alteración en el mismo y supondría la uniformidad del precio de venta del producto -, o la fijación de precios mínimos - que impediría la competencia en precios a la baja -. La fijación de precios máximos no impide la competencia en cuanto los mismos pueden, como en este caso, ser bajados y por tanto no determina la uniformidad en el precio ni impide la competencia en precios que, lógicamente, es siempre a la baja.

CUARTO: 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 **Técnicas Ganaderas** del Sur S.L., y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. D<sup>o</sup> Luciano Rosca Nadal, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2004, debemos declarar y declaramos 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.