

Id Cendoj: 28079230062003100681
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 324 / 2000
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a nueve de abril de dos mil tres.

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 324/2000, se tramita, a instancia de Ibernobel, S.A., representada por el Procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta, contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 26 de enero de 2000, sobre actos de abuso de posición de dominio, en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y en el que ha intervenido como parte codemandada Unión Española de Explosivos, S.A., representada por el Procurador D. Felipe Ramos Cea, siendo su cuantía indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal de Ibernobel, SA., contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 16 de marzo de 2000, y la Sala, por providencia de fecha 3 de mayo de 2000, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

Mediante escrito presentado el 26/5/2000 compareció en autos Unión Española de Explosivos, y por providencia de 9/6/2000 se le tuvo por personada como parte codemandada.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el 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 su 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. También en su turno contestó a la demanda la parte codemandada.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en las actuaciones, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 8 de abril de 2003.

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. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 26 de enero de 2000, cuya parte dispositiva dice lo siguiente:

1- Declarar acreditada la realización por parte de Unión Española de Explosivos, SA., de una conducta contraria al *artículo 6 de la LDC*, consistente en el abuso de posición de dominio, mediante una estrategia de cierre del mercado a los competidores a través de la adquisición y el control de la red de distribución de explosivos en el momento inicial de la liberalización del mercado.

2- Imponer a Unión Española de Explosivos, SA., una multa de 90 millones de pesetas.

3- Declarar no acreditada la realización, por parte de Unión Española de Explosivos, S.A., de la infracción del *apartado a) del artículo 6.2, de la ley 16/1989*, de Defensa de la Competencia, por la imposición a los distribuidores de explosivos en los contratos de exclusividad de condiciones no equitativas, y la infracción del *apartado b) del artículo 6.2 de la ley 16/1989*, por la discriminación en las condiciones comerciales y de pago a los distribuidores de explosivos en función de que firmaran el acuerdo de distribución exclusiva o mantuvieran su independencia.

4- Ordenar la publicación, y a costa de Unión Española de Explosivos, S.A., de la parte dispositiva de esta Resolución, en el plazo de dos meses, en las páginas económicas de dos periódicos de información general y de tirada nacional, así como en el Boletín Oficial del Estado.

SEGUNDO.- La parte actora dirige su recurso contra los apartados 2 y 3 de la parte dispositiva de la Resolución del TDC, alegando que: a) UEE ha cometido una infracción del *artículo 6.2, letra a, de la LDC*, al imponer a los distribuidores de explosivos condiciones no equitativas en los contratos firmados con ellos, b) UEE ha infringido también el *artículo 6.2, letra d, de la LDC*, al haber discriminado en las condiciones comerciales y de pago a los distribuidores, en función de que firmaran o no el acuerdo de distribución exclusiva, c) la nulidad de los contratos y d) la imposición de una sanción insuficiente a UEE.

El Abogado del Estado y la parte codemandada contestaron a los argumentos de la parte actora, y solicitaron la desestimación de todas pretensiones formuladas en el presente recurso.

TERCERO.- La Sala, con fecha de hoy, ha dictado sentencia en el recurso 214/2000, que también tenía por objeto la Resolución del TDC de 26/1/2000, si bien en dicha sentencia se enjuiciaron los hechos desde una perspectiva distinta de la que ahora nos situamos a fin de pronunciarnos sobre las concretas pretensiones del demandante.

En la sentencia dictada en el recurso 214/2000, tramitado a instancia de UEE, la Sala se pronunció sobre la cuestión de si los hechos que contempló la Resolución impugnada eran constitutivos de una conducta contraria al *artículo 6 LDC*, al constituir un abuso de posición dominante, mediante una estrategia de cierre del mercado a los competidores, a través de la adquisición y el control de la red de distribución de explosivos industriales, en el momento inicial de la liberalización del mercado.

En el presente recurso, debemos pronunciarnos sobre las pretensiones de Ibernobel, SA, que ya han sido resumidas, principalmente sobre si los hechos que hayan quedado acreditados en las actuaciones administrativas y en el presente recurso constituyen, además, abuso de posición de dominio por parte de UEE, por imponer a los distribuidores condiciones no equitativas y por discriminar en las condiciones comerciales y de pago a los distribuidores, en función de si firmaron o no el acuerdo de distribución exclusiva con UEE.

CUARTO.- Para resolver tales cuestiones la Sala parte de considerar acreditados los hechos que la Resolución del TDC declara probados y que, en aras de la brevedad y evitación de repeticiones inútiles, se tienen aquí por reproducidos.

También interesa destacar, como ha efectuado la Sala en la sentencia dictada en el recurso 214/2000, las siguientes circunstancias, que permiten una mejor comprensión de los hechos: en los años 1991 y 1992, que es el período temporal en el que se producen los hechos que el demandante considera abusivos de posición dominante, la situación del mercado de explosivos industriales en nuestro país, era la siguiente:

a) En la fabricación de explosivos industriales UEE ha ostentado una posición de monopolio de hecho, al menos desde la década de los años 40 hasta 1994. En este tiempo, UEE contaba con 10 fábricas de explosivos en el territorio nacional. A principios de esa década de los 90 comienzan a operar en este mercado de la fabricación de explosivos industriales algunas otras empresas, entre ellas la primera la codemandada, que constituida en octubre de 1991, inició su actividad en agosto de 1994.

b) La distribución de explosivos supone el transporte de los explosivos desde los depósitos industriales, que son los situados dentro del recinto de las fábricas, hasta los depósitos comerciales (polvorines), donde los explosivos se almacenan para su venta a terceros. En los años 1991 y 1992, UEE poseía sus propios depósitos comerciales (polvorines), pero existían otros distribuidores independientes establecidos en toda la geografía nacional. Unos y otros, los distribuidores de UEE y los independiente, se abastecían de UEE, que monopolizaba de hecho en dichos años la fabricación de explosivos, como se ha dicho.

En los años a que nos venimos refiriendo, existían en España 62 depósitos comerciales de explosivos industriales, de ellos 25 propiedad de UEE y 37 independientes.

c) A lo largo de los años 1991 y 1992, UEE realizó contratos con 15 de los distribuidores independientes, en cuya virtud: a) adquirió los bienes que integraban cada uno de esos depósitos comerciales, b) cedió en arrendamiento a su antiguo propietario los bienes que habían sido objeto de la compraventa, por un tiempo determinado, que generalmente era de 15 años prorrogables, y c) suscribió una cláusula de exclusividad, en cuya virtud el arrendatario adquiere el compromiso de almacenar, distribuir y comprar, única y exclusivamente los productos fabricados y comercializados por UEE, o por la entidad que UEE designe.

Finalmente, en este apartado de antecedentes fácticos, que tomamos de la sentencia dictada en el recurso 214/2000, seguido entre las mismas partes, incluimos que UEE en los años 1991 y 1992 ostentaba, además de una posición de monopolio de hecho en la fabricación de explosivos industriales en España, una posición de dominio en el mercado de la distribución comercial de dichos explosivos, con una cuota del 40% de este último mercado, remitiéndonos a las consideraciones que sobre tales cuestiones hemos efectuado en la sentencia dictada en el recurso 214/2000.

QUINTO.- Entiende la parte actora que los 15 contratos que hemos citado, celebrados entre UEE y distribuidores independientes de explosivos industriales, imponen cláusulas no equitativas a los distribuidores que los suscribieron.

El análisis de los contratos pone de manifiesto, como advierte la Resolución impugnada, que existen estipulaciones diversas, que benefician alternativamente a una y otra parte. El pacto de exclusividad, la promesa unilateral de venta y las sanciones por incumplimiento puede sostenerse que favorecen al UEE, pero por el contrario, cabe también mantener que son prestaciones contractuales que benefician al distribuidor, las bonificaciones, la garantía de compra al mismo precio que la venta más el IPC, las obras de mejora tecnológica, de seguridad y de ampliación a cargo de UEE, la asistencia técnica también a cargo de UEE, la cantidad percibida por la venta y el exiguo precio fijado para el alquiler.

Hoy, con relativa frecuencia, se producen operaciones financieras que guardan similitud con las examinadas, como son las denominadas de operaciones de arrendamiento financiero o lease-back, que suponen la transmisión del pleno dominio de bienes (normalmente inmuebles y/o maquinaria), propiedad de una de las partes, a la otra parte, y simultáneo arrendamiento de dichos bienes a la adquirente, con opción de compra. La finalidad propia y típica de estas operaciones es, para la sociedad vendedora, la financiación mediante el precio de la venta, al tiempo que continúa en el ejercicio de su negocio. El Tribunal Supremo, desde la perspectiva exclusivamente de la libertad de pactos, que establece el *artículo 1255 del Código Civil*, viene admitiendo la licitud y validez de tales operaciones, así las sentencias de 1 de febrero de 1999 (RJ 1999\524) y 20 de noviembre de 1999 (RJ 1999\8615).

Volviendo a los contratos que estamos comentando, es cierto que no aparece con claridad un desequilibrio o falta de correspondencia en el conjunto de prestaciones pactadas, por lo que no puede declararse probada -con un mínimo de rigor- la falta de equidad de las condiciones contractuales, constitutiva del abuso, cuando, además, ni se ha efectuado en el expediente administrativo una cuantificación de las distintas prestaciones, ni el demandante lo ha intentado siquiera en este recurso.

SEXTO.- La parte actora también mantiene que UEE incurrió en abuso de posición dominante, de acuerdo con lo previsto en el *artículo 6.2, letra d, de la LDC, al conceder a los 15 distribuidores*

independientes que suscribieron los contratos de distribución exclusiva, unas bonificaciones mejores y mayores plazos de pago que a aquellos otros distribuidores que prefirieron no suscribir los repetidos contratos.

Existen, sin embargo, dos argumentos que impiden llegar a la conclusión que sostiene la parte actora. El primero, que los propios distribuidores han negado la existencia de bonificaciones o descuentos superiores para los distribuidores que suscribieron los contratos de exclusividad, en la prueba testifical que se celebró ante el TDC el 15/12/99 (folios 84 a 108 del expediente del TDC), de forma inequívoca y contundente, sin que haya razones para dudar de la veracidad de su testimonio, pues incluso uno de los testigos es propietario de una participación del 7% en el capital social de una empresa competidora de UEE.

Además, como segundo argumento, aún no estando acreditado que las bonificaciones pactadas sean superiores a las establecidas por UEE para el resto de distribuidores, lo relevante es que las bonificaciones o descuentos no se vinculan con el pacto de exclusividad en la distribución de los productos de UEE, sino con las obligaciones que asuman los distribuidores de correcto mantenimiento de las instalaciones del depósito y adecuado apoyo técnico a los clientes finales. Otra prueba de la desvinculación entre las bonificaciones y el pacto de exclusividad se encuentra en la circunstancia de que UEE mantuvo tales descuentos después de comunicar a los distribuidores con los que había suscrito los contratos, que dejaba sin efecto la cláusula de exclusividad (folios 36 a 47 del expediente del TDC).

SEPTIMO.- La declaración de nulidad de las cláusulas de los contratos que resulten contrarias a la competencia, por constituir abuso de una posición dominante, no es procedente por varias razones, la principal, porque acabamos de negar carácter abusivo a las cláusulas que pretendía el demandante. La única cláusula contractual que es manifestación de un abuso de posición dominante es la relativa a la exclusividad en el suministro, que no estamos enjuiciando en esta sentencia, y sobre tal cláusula baste decir fue dejada sin efecto por UEE, según comunicó a los distribuidores por carta de 1/11/97 (folios 36 a 47 del expediente del TDC citados). Por lo demás, es obvio que las causas de nulidad contractual que se invocan por la demandante, basadas en vicios del consentimiento, deben ser alegadas ante los Tribunales del orden civil por quien tenga legitimación para ello.

OCTAVO.- El demandante pretende una sanción económica superior a la impuesta a UEE por su infracción del *artículo 6 LDC*, pues considera que UEE incurrió en dos infracciones del *artículo 6.2 LDC*, letras a y d, cuya comisión no declaró probada el TDC. Al haber llegado la Sala a la conclusión de que UEE no incurrió en tales conductas abusivas, debe mantenerse también que no cabe el incremento de la cuantía de la multa.

Por lo que se refiere a la sanción por la conducta abusiva declarada probada por el TDC, es evidente que el TDC ha ponderado la menor trascendencia a la prevista de la conducta abusiva de UEE, al no escriturar algunos de los contratos y, especialmente, al corregir después de la apertura del expediente del SDC su política comercial y liberar a los distribuidores de la cláusula de exclusividad, como hemos ya señalado.

Por tanto, la determinación precisa del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la Resolución del TDC es relevante cuando, a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso, el TDC decide hacer uso de la facultad de incrementar la cuantía de la multa sancionadora por encima de la cantidad de 150 millones de pesetas fijada en el *artículo 10 LDC*, pero no es una cuestión trascendente tal determinación si, por el contrario, el TDC, también a la vista de las circunstancias concurrentes, considera que no existen motivos para tal incremento de la cuantía de la sanción, como ha sucedido en el presente caso.

NOVENO.- 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 Contencioso Administrativa*.

FALLAMOS

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

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Ibernobel, SA, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 26 de enero de 2000, que se declara ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, indicando si es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

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. D. JOSE M^a DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-