

Id Cendoj: 28079130032006100156
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 3
 Nº de Recurso: 4699 / 2003
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: CONTENCIOSO
 Ponente: JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DEFENSA DE LA COMPETENCIA x
- x ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO x
- x CADUCIDAD (PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO) x
- x SANCIONES EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA x
- x CADUCIDAD POR HECHO IMPUTABLE A LA ADMINISTRACIÓN (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x PROPORCIONALIDAD (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x EXPLOSIVOS x

Resumen:

Inexistencia de caducidad del expediente sancionador, dado que la Ley de Defensa de la Competencia no establecía plazos máximos de tramitación sino plazos para los múltiples trámites previstos en ella. La aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a los procedimientos de defensa de la competencia es supletoria en lo que sea compatible con la naturaleza de tales procedimientos. Dada la naturaleza sancionadora del procedimiento, carece de objeto determinar si se cumplen o no los requisitos relativos a las concentraciones empresariales. Por otro lado, la Sala considera acreditada la posición de dominio que ostenta la recurrente en el mercado de referencia (distribución de explosivos), dándole plena capacidad de control sobre el suministro de los explosivos que se comercializan, al estar sometida la importación a un sistema de homologación, y de la cuota de mercado que posee en la distribución de explosivos. Igualmente se considera acreditado el abuso de la posición de dominio, pues la actuación de la recurrente obedece a una estrategia de cierre del mercado a los competidores que modifica la estructura del mercado de distribución de explosivos que se encuentra sometido a un proceso incipiente de liberalización. Tampoco existe violación del principio de proporcionalidad en relación con la cuantía de la sanción impuesta, dado que la Sala de instancia ha valorado ponderadamente el alcance efectivo que en el mercado de referencia ha producido el abuso de posición de dominio.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Abril de dos mil seis.

VISTO el recurso de casación número 4699/2003, interpuesto por el Procurador Don Felipe Ramos Cea, en nombre y representación de la Entidad UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, S.A., con la asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de abril de 2003, dictada en el recurso contencioso-administrativo 214/2000, seguido contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de enero de 2000, sobre sanción por 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. Han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado y la Entidad Mercantil IBERNOBEL, S.A., representada por el Procurador Don Juan Antonio García San Miguel y Orueta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 214/2000, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 9 de abril de 2003 , cuyo fallo dice literalmente: «FALLAMOS: DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Unión Española de Explosivos, S.A., contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 26 de enero de 2000, que se declara ajustada a derecho en los extremos examinados. Sin expresa imposición de costas.».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la Entidad UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, S.A. recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante providencia de fecha 20 de mayo de 2003 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación de la recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 2 de julio de 2003, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO: «que teniendo por presentado este escrito, junto con los documentos que lo acompañan, y por realizadas las manifestaciones en el mismo contenidas, se sirva admitirlo teniendo a esta parte por personada y por interpuesto recurso de casación contra la sentencia de 9 de abril de 2003 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 214/2000 , acuerde su admisión y, previos los trámites oportunos, lo estime, declare haber lugar al recurso y anule la sentencia recurrida, dictando otra en su lugar por la que deje sin efecto la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de enero de 2000, dictada en el expediente sancionador nº 459/99 o, subsidiariamente, anule parcialmente la sentencia impugnada dictando otra en su lugar por la que deje sin efecto la sanción económica impuesta a UEE por importe de 90.000.000 millones de pesetas (540.910,893 €), o con segundo grado de subsidiariedad reduzca sustancialmente el importe de la citada sanción, todo ello por los motivos expuestos en el cuerpo de este escrito.».

CUARTO.- La Sala, por providencia de fecha 15 de febrero de 2005, admitió el recurso de casación.

QUINTO.- Por providencia de la Sala de fecha 29 de marzo de 2005 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO y la Entidad Mercantil IBERNOBEL, S.A.) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudieran oponerse al recurso, lo que efectuaron con el siguiente resultado:

1º.- El Abogado del Estado, en escrito presentado el día 16 de mayo de 2005, expuso los razonamientos que creyó oportunos y concluyó con el siguiente SUPPLICO: «Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; tenga por formuladas las consideraciones que en él se contienen; y previa la tramitación que proceda, dicte sentencia en su día por la que, desestime el recurso e imponga las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo establecido en la LJ.».

2º.- El Procurador Don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, en representación de la Entidad Mercantil IBERNOBEL, S.A., en escrito presentado el día 17 de mayo de 2005, expuso, asimismo, los razonamientos que creyó oportunos y concluyó con el siguiente SUPPLICO: «Que, por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, tener por formalizado en tiempo y forma oposición al Recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, S.A. y, en su día, y previos los trámites procesales de rigor, dicte sentencia por la que se desestime el mismo y sea confirmada íntegramente y en todos sus pronunciamientos la Sentencia de fecha 9 de abril de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída en los Autos 214/2000 , declarando la expresa imposición de las costas causadas en la presente instancia a la parte recurrente.».

SEXTO.- Por providencia de fecha 21 de diciembre de 2005, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 28 de marzo de 2006, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.

Constituye el objeto de este recurso de casación la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala

de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de abril de 2003 , que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Entidad Mercantil UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, S.A., contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de enero de 2000, que le impuso la multa de 90.000.000 de pesetas, al considerar acreditada la realización de una conducta contraria al artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio , de Defensa de la Competencia, consistente en el abuso de posición de dominio mediante una estrategia de cierre del mercado a los competidores, a través de la adquisición y control de la red de distribución de explosivos industriales en el momento inicial de la liberalización del mercado.

SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.

En aras de una adecuada comprensión del debate casacional, y con el objeto de delimitar el thema decidendi, resulta procedente reseñar que la Sala de instancia fundamenta la declaración de conformidad a derecho de la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia impugnada, en el extremo que concierne al examen de la caducidad del procedimiento seguido ante el Servicio de Defensa de la Competencia y ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, por haber tenido una duración superior a siete años, en la consideración de que resultan inaplicables en este supuesto, racione temporis, tanto la regulación de la caducidad establecida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que conforme a su Disposición Final entró en vigor el 27 de febrero de 1993, al haberse iniciado el expediente el 18 de enero de 1993, como lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única, apartado 3º del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto , por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, desestimando que concurra el plazo de prescripción a que se refiere el artículo 12 de la Ley de Defensa de la Competencia , y rechazando que se pueda aplicar el artículo 56 de la L.D.C ., que se adiciona al texto normativo por el artículo 100 de la Ley 66/1997, de 3 de diciembre , de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que es aplicable a los expedientes cuya tramitación se inicie a partir del 1 de enero de 1998, según se razona en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto en los siguientes términos:

«La primera de las cuestiones que plantea la demanda es la caducidad del expediente administrativo instruido por el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC).

El Director General de Defensa de la Competencia acordó, mediante providencia de 18 de enero de 1993, la admisión a trámite de la denuncia que la codemandada había presentado el 1/12/92, y la incoación del expediente. El 21 de enero de 1999 el Instructor del expediente formuló su informe- propuesta y remitió lo actuado al TDC.

Por tanto, en la fecha de inicio del expediente del SDC, el 18 de enero de 1993, era aplicable la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 , pues no había entrado todavía en vigor la ley 30/92, de 26 de noviembre , ya que de acuerdo con su disposición final, la vigencia de esta última ley se produjo a los 3 meses de su publicación en el BOE, esto es, el 27/2/93, como reconoce la parte demandante.

La LPA de 1958 no preveía un plazo máximo de duración del procedimiento, ni la aplicación del instituto de la caducidad, sino que, por el contrario, su artículo 49 establecía la regla general de la validez de las actuaciones administrativas realizadas fuera del tiempo establecido.

La invocación del demandante, en relación a que el expediente ha excedido el plazo de 5 años de prescripción previsto por el artículo 12 LDC no puede prosperar, pues aunque se admitiera que la prescripción puede operar cuando, una vez iniciado el procedimiento, el mismo se paraliza durante el plazo prescriptorio, en este caso no ha existido tal paralización, sino que durante ese plazo prescriptorio de 5 años se han producido constantes actos interruptivos del SDC, con conocimiento formal del interesado, tendentes a la averiguación, instrucción y persecución de la infracción.

Entiende el demandante que la caducidad se habría producido por aplicación de la Disposición Transitoria Única, apartado 3º, del Real Decreto 1398/1993, de 9 de agosto , por el que se aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora , que establece que los procedimientos sancionadores iniciados antes de la entrada en vigor del Reglamento, debían resolverse en el plazo de 6 meses desde su entrada en vigor.

Pero la misma Disposición Única del RD 1398/93 , que cita el demandante, se cuida en señalar que sus previsiones son de aplicación a los procedimientos sancionadores incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento que se aprueba, y conforme al artículo 1 del RD citado, el procedimiento sancionador que regula es aplicable en defecto de procedimientos específicos, lo que supone su inaplicación en el ámbito de defensa de la competencia en el que ahora nos encontramos, pues la ley 16/1989, de 17 de julio, de

Defensa de la Competencia (LDC), regula, en sus artículos 36 y siguientes, un procedimiento sancionador específico en materia de acuerdos y prácticas prohibidas.

Tampoco cabe la aplicación en este caso del plazo de caducidad de 18 meses, introducido en la LDC por la reforma efectuada por el artículo 100 de la ley 66/1997, de 30 de diciembre, porque la Disposición Transitoria 12ª de la misma ley 66/1997, establece que tal plazo máximo de duración de la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el SDC sólo será de aplicación a los expedientes que se inicien a partir del 1 de enero de 1998. Dicho precepto impide, por tanto, la aplicación del plazo de duración máxima de 18 meses con carácter retroactivo, como pretende la parte actora.

Cosa distinta es el efecto inmediato de la introducción de dicho plazo en el artículo 56 LDC, al que se refiere el Abogado del Estado, pues efectivamente, una vez que -el 1/1/98- entró en vigor la limitación del plazo máximo de la fase de instrucción del expediente, el SDC se sujetó a tal plazo, a pesar de no ser aplicable por tratarse de un procedimiento iniciado con anterioridad a su vigencia, y concluyó y remitió las actuaciones al TDC antes de transcurridos los 18 meses desde la entrada en vigor de la reforma de la LDC.».

El Tribunal sentenciador rechaza que sea inaplicable el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, por tratarse de una operación de concentración económica sujeta a lo dispuesto en el artículo 14 de la L.D.C., en los siguientes términos:

«Alega la parte actora que "...ha defendido siempre..." que la operación de compra de los depósitos de explosivos, posterior arrendamiento al anterior propietario y firma de un acuerdo de exclusividad, es una operación de concentración empresarial. La primera parte de tal afirmación desde luego no es cierta, o por lo menos, no está probada en este recurso.

Quien ha planteado la cuestión de si la operación económica que examinamos (simultánea compra, alquiler y pacto de exclusividad de los depósitos de explosivos) era una operación de concentración sujeta al control previsto en la LDC fue -de oficio- la propia Administración. En efecto, fue el Instructor del expediente, por su propia iniciativa, quien el 24 de enero de 1996 planteó tal cuestión a la Subdirección General de Control de las Estructuras de la Competencia, por si procedía iniciar de oficio el procedimiento específico previsto por el RD 1080/1992, de 11 de septiembre, como resulta del expediente del SDC (folios 3864 y 3865). Por el contrario, el demandante no acredita que haya defendido ante las autoridades competentes, mediante la notificación voluntaria del proyecto a que se refieren los artículos 15 LDC y 3 del RD 1080/1992, que la operación fuera una concentración empresarial sujeta al control previsto en el artículo 14 LDC.

En cualquier caso, no se trata de determinar ahora si se cumplen o no los requisitos a que el artículo 14 LDC sujeta las concentraciones empresariales, sino si la demandante tenía una posición de dominio en el mercado de que se trate y abusó de ella, contraviniendo la prohibición del artículo 6 LDC.

De todas formas, sobre la cuestión de la concentración que suscita la actora, el artículo 3º del Reglamento (CEE) nº 4069/89, del Consejo, indica que existe una operación de concentración cuando "...dos o más empresas anteriormente independientes se fusionen, o cuando...una o más empresas, mediante la toma de participaciones en el capital, o la compra de elementos del activo...adquiera, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas." Así pues, lo determinante es ese concepto de adquisición o toma por una empresa del control de otras empresas. La adquisición del control es la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa a través de derechos, contratos u otros hechos (apartado 12 de la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración, Diario Oficial C 66, de 2/3/98), y tal adquisición del control o influencia decisiva aquí no parece que se haya producido, pues antes y después del pacto de exclusividad en el suministro de explosivos fabricados por UEE, los suministradores han mantenido un comportamiento independiente de la demandante en su actividad de distribución, esto es, realizan ellos mismos el ciclo completo de la distribución, que supone conseguir el cliente, comprar el explosivo, almacenarlo, revenderlo, entregarlo al cliente y cobrar su importe. En efecto, no hay adquisición de control sobre las empresas suministradoras, las cuales, según pacta expresamente UEE en los contratos suscritos con ellas (folio 3779, a modo de ejemplo) explotan directamente, en su propio nombre, por su cuenta y riesgo, y en su propio provecho, los depósitos de explosivos.

Lo que si aparece en dichos contratos, a los efectos que interesa en este recurso, es una limitación a dichos distribuidores de explosivos de sus fuentes de aprovisionamiento, y tal limitación es lo que debemos examinar si es conforme o no con el artículo 6 LDC. Como señala el antecedente 23 del Reglamento (CEE) 4069/89 citado, debemos excluir del ámbito de aplicación del Reglamento sobre concentraciones aquellas

operaciones que sólo tengan por objeto coordinar el comportamiento competitivo de las empresas que sigan siendo independientes, las cuales deberán examinarse a la luz de las disposiciones pertinentes de los reglamentos de aplicación de los *artículos 85 y 86 del Tratado* .».

El Tribunal a quo desestima la alegación de que la empresa sancionada no dispone de una posición de dominio en el mercado de referencia afectado con el siguiente razonamiento:

«El demandante entiende que la Resolución del TDC ha llegado a la conclusión de que UEE tiene una posición de dominio en el mercado español de distribución de explosivos sin ningún fundamento, y sin señalar siquiera cual es la cuota de mercado que le confiere esa posición.

La Resolución impugnada afirma que UEE, en el período que nos interesa, que es fundamentalmente el año 1991 y 1992, durante los que se celebraron 15 contratos con distribuidores de explosivos independientes (1 contrato en 1986, 13 en 1991 y 1 en 1992), tenía una posición de monopolio de hecho en la fabricación de explosivos industriales en España y una posición dominante en el mercado de la distribución de dichos explosivos. Y la Sala considera que tal afirmación está enteramente ajustada a la realidad.

El monopolio de hecho en la fabricación de explosivos en realidad no es discutida por el demandante. En cuanto a la posición de dominio en el mercado de la distribución, tampoco es cuestionado en la demanda ni el mercado geográfico que ahora nos interesa, que es el territorio nacional, ni el mercado de producto de referencia, que es la distribución de explosivos industriales. Las dudas que expresa el demandante hacen referencia únicamente a si su participación en dicho mercado es de tal importancia que convierten su posición en dominante.

Está acreditado a lo largo del expediente, y además son datos que ha proporcionado la propia demandante desde el principio de las actuaciones (folio 526), que en España existían en 1991 y 1992 un total de 62 depósitos comerciales de explosivos, de los cuales 24 pertenecían a UEE. Eso significa que UEE era propietaria de una cuota del 40% de los depósitos comerciales, mientras que el restante 60% se dispersaba en manos de los distribuidores independientes, sin que ninguno de ellos concentrara una cuota significativa. Además, esa cuota de depósitos comerciales propiedad de UEE coincidía con el porcentaje de explosivos que distribuían, esto es, el 40% de los depósitos comerciales de UEE distribuía aproximadamente el 40% de los explosivos industriales. Y todos los explosivos industriales, distribuidos por UEE y por terceros, eran fabricados por UEE.

El concepto de posición de dominio ha sido estudiado por el TJCE en sus sentencias ya clásicas de 14 de febrero de 1978 y 13 de febrero de 1979 (asuntos 27/76 *United Brands/Comisión* y 85/76 *Hoffmann-La Roche/Comisión*). En la primera de ellas, decía el TJCE, en el apartado 65, que la posición dominante a la que se refiere el *artículo 86 del Tratado CE (hoy artículo 82 del Tratado)*, es la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores. En muy parecidos términos, la segunda de las sentencias citadas, apartado 38, insiste en que la posición dominante es una situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores. Por tanto, dos son los elementos definidores de la posición de dominio: poder económico y comportamiento independiente.

La normativa sobre competencia, nacional y comunitaria, no establece una presunción de posición de dominio a partir de determinada cuota de mercado, de manera que el análisis debe efectuarse caso por caso, aunque podemos utilizar como referencias las decisiones del TJCE en el ámbito de aplicación del actual *artículo 82 del Tratado CE*. El TJCE ha apreciado una posición de dominio a partir de cuotas de mercado iguales o superiores al 40% (sentencia TJCE, asunto *United Brands*) y al 50% (sentencia TJCE de 3 de julio de 1991, asunto 62/86, *AKZO/Comisión*, TJCE 1991\129).

Por tanto, no ofrece duda a la Sala la posición de dominio de UEE en el mercado de la distribución de explosivos industriales, en los años 1991/92, pues tenía en dicho mercado una cuota del 40%, además de notable poder económico e independencia de comportamiento, que se reforzaba por su posición de monopolio de hecho en el mercado de la fabricación de explosivos.».

La Sala rebate el argumento de que la Empresa recurrente no había incurrido en la realización de una actividad de abuso de la posición de dominio con base a las siguientes consideraciones:

«Una vez establecido que UEE mantenía una posición de dominio en el mercado de referencia, debemos examinar si ha cometido alguna práctica abusiva, cuestión esta que niega la demanda.

La acreditación de la existencia de una posición dominante en un determinado mercado no implica, en si misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, aunque ciertamente le atribuye una especial responsabilidad en no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en dicho mercado (sentencia del TJCE de 16 de marzo de 2000, asunto C 395/96, apartado 37 , entre otras muchas).

Según reiterada jurisprudencia del TJCE, el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en situación de posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trata, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, recurriendo a medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios basada en las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de dicha competencia (sentencias TJCE de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, Hoffmann-La Roche/Comisión, apartado 91 y de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86, Akzo/Comisión, apartado 69).

De lo anterior se deduce que lo prohibido por el *artículo 6 LDC* es que una empresa, que ocupa una posición de dominante, elimine o intente eliminar a un competidor y refuerce así su posición, recurriendo a medios distintos a los propios de una competencia basada en los méritos.

En esta caso, debemos examinar si los contratos simultáneos de compra de los depósitos, alquiler a los antiguos propietarios y cláusula de exclusividad, que UEE concertó con 15 distribuidores independientes, constituye o no un abuso de la posición de dominio, en los términos que acabamos de definir.

En los contratos que comentamos se pactó que el distribuidor, como unidad industrial o negocio, tendría como "...única actividad, el almacenamiento, distribución y venta, de los productos de UEE." Para conseguir dicho efecto, el distribuidor se comprometía a almacenar, distribuir y comprar, "...única y exclusivamente, los productos fabricados y/o comercializados por UEE o, en su caso, los de la entidad que UEE pueda designar en el futuro"(folio 3771 del expediente del SDC).

El incumplimiento de este deber de exclusividad se penalizaba, además, con la resolución del contrato, sin que fuera exigible, en tal caso, la promesa unilateral de venta de las instalaciones por parte de UEE al distribuidor, al mismo precio que fueron compradas más el IPC, que estaba prevista para otros supuestos de terminación contractual. Es decir, UEE, que había adquirido las instalaciones del distribuidor, se comprometía a su devolución, al mismo precio de compra más el IPC, pero tal devolución no procedía si el distribuidor, en la explotación del negocio, incumplía el pacto de comercialización exclusiva de productos de UEE (folios 3767 a 3794 del expediente del SDC).

EL TJCE se ha pronunciado en ocasiones sobre pactos de exclusividad impuestos por una empresa en posición de dominio, de carácter similar a los que ahora examinamos. En opinión del TJCE, el hecho de que una empresa que ocupa una posición dominante en el mercado, vincule a los compradores mediante una obligación de abastecerse, respecto a la totalidad o parte de sus necesidades, exclusivamente de dicha empresa, constituye una explotación abusiva de una posición dominante con arreglo al *artículo 86 del Tratado* , así en el apartado 89 de la sentencia de 13 de febrero de 1989, Hormann-La Roche, citada , apartado 149 de la sentencia de 3 de julio de 1991, Azko/Comisión, antes citada , y apartado 68 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, BPB Industries y British, asunto T-65/89, TJCE 1993\51).

Esto es así porque, como señala el TDC en la Resolución impugnada, UEE no únicamente reforzaba para el futuro la fuerte presencia de la que ya disponía en el mercado de la distribución, sino también obstaculizaba la comercialización de los productos de posibles competidores, en un estrategia de cierre del mercado, pues ya en 1991 se había constituido la primera empresa que pretendía fabricar explosivos industriales -la codemandada- y había solicitado permiso a las autoridades administrativas para la instalación de dos fábricas.».

La Sala de instancia desestimó el motivo de nulidad, formulado con carácter subsidiario, que pretendía la reducción, de forma sustancial, de la cuantía de la multa impuesta con base al argumento de que debía considerarse la duración anormal de la instrucción, imputable sólo a la Administración, y la disposición de la Empresa de poner fin a la conducta imputada, según se refiere en el fundamento jurídico

décimo de la sentencia recurrida:

«Con carácter subsidiario, el demandante considera que la imposición de las sanciones está injustificada y que debe tenerse en cuenta, bien como circunstancia eximente o atenuante, que la empresa estuvo dispuesta a poner fin a la conducta que motivó la incoación del expediente, antes incluso de recibir el pliego de cargos, y que recibido el pliego de cargos, UEE renunció a cualquier cláusula de exclusividad con los distribuidores.

El *artículo 10.1 LDC* establece que el TDC podrá imponer multas sancionadoras a las empresas que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto en el *artículo 6 LDC*, en una cuantía de hasta 150 millones de pesetas, que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato a la Resolución del TDC.

El consumo de explosivos en el año 1992 alcanzó la cifra de 8.012 millones de pesetas en nuestro país, según indica la Resolución impugnada, luego el límite máximo de la sanción que podría imponer el TDC es el de 800 millones de pesetas.

El TDC ha tenido en cuenta, para determinar la cuantía de la multa, por un lado, que UEE ha realizado una conducta de abuso de posición dominante, mediante una estrategia de cierre del mercado a los competidores, conducta que considera con acierto de especialmente grave, y por otro lado, que tal estrategia tuvo una trascendencia inferior a la prevista, pues UEE corrigió con posterioridad a la apertura del expediente su política comercial, y liberó a los distribuidores afectados de la cláusula de exclusividad.

Teniendo en cuenta ambas circunstancias, el TDC fijó la cuantía de la multa en 90 millones de pesetas, que se encuentra dentro del tercio mínimo del límite máximo de la sanción posible, a la vista de su volumen de ventas.

Más precisamente, la sanción se sitúa en la décima (11,25%) parte inferior del límite máximo, por lo que la Sala considera que el TDC ha ponderado suficientemente, al fijar la cuantía de la multa, las circunstancias atenuantes concurrentes en este caso.».

TERCERO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación interpuesto por UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, S.A., se articula en la exposición de cinco motivos de casación fundados todos ellos al amparo del *artículo 88.1 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El primer motivo de casación se subdivide en su formulación en dos apartados:

En el primer subapartado se reprocha a la sentencia recurrida la infracción del *artículo 12 de la Ley de Defensa de la Competencia*, al no haber declarado la caducidad del expediente sancionador tramitado ante el Servicio de Defensa de la Competencia y ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, cuando por tratarse de un procedimiento sometido a la *Ley de procedimiento administrativo de 1958*, resulta aplicable al régimen jurídico de la caducidad por inactividad de la Administración el plazo de cinco años fijado para la prescripción en la *Ley de Defensa de la Competencia*.

En el segundo subapartado se denuncia la infracción de la *Disposición Transitoria Única, apartado 3, del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto*, que aprueba el *Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora*, que establece que «los procedimientos a que se refiere el apartado 1 de esta disposición deberán resolverse en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto, entendiéndose caducados por el transcurso de treinta días desde el vencimiento de este plazo de seis meses sin haberse dictado resolución».

El segundo motivo de casación denuncia la errónea aplicación del *artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio*, de Defensa de la Competencia, a un supuesto de concentración de empresas consistente en la compra de 15 depósitos de explosivos y su posterior arrendamiento a los anteriores propietarios, asumiendo éstos el compromiso de almacenar únicamente productos de la citada empresa, que se encuentra sometido a un procedimiento específico establecido en el *artículo 14 de la citada L.D.C.*

En el tercer motivo de casación, fundado en la aplicación errónea del *artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio*, de Defensa de la Competencia, se aduce que la Sala de instancia incurre en manifiesto error al imputar a UEE una posición de dominio en el mercado, que constituye condición sine qua non para la

aplicación del referido precepto legal y que se deduce de poseer una amplia red de distribución y a la existencia de restricciones legales para constituir depósitos comerciales de explosivos.

Se expone en el segundo subapartado de este motivo, que el Tribunal sentenciador incurre, asimismo, en una errónea apreciación jurídica al declarar que simplemente por el hecho de disponer de una cuota de mercado del 40% pueda considerarse que una empresa sea dominante.

En el cuarto motivo de casación, fundado, asimismo, en la aplicación errónea del *artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio*, de Defensa de la Competencia, se censura que la Sala de instancia haya estimado que la Empresa recurrente haya cometido un acto abusivo.

En el quinto motivo de casación, se denuncia que la Sala de instancia ha vulnerado el principio de proporcionalidad, al confirmar la validez de la cuantía de la multa impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia, que estima excesiva, por contradecir sus propios precedentes y no tomar en consideración como factor atenuante la dilatada duración del expediente sancionador.

CUARTO.- Sobre el primer motivo de casación: la caducidad del expediente sancionador.

El primer motivo de casación, que, en la exposición del primer subapartado, se funda en la alegación de la caducidad del expediente sancionador, que derivaría de lo dispuesto en el *artículo 12 de la Ley 16/1989, de 17 de julio*, de Defensa de la Competencia, que establece que prescribirán a los cinco años las infracciones previstas en este texto legal, no puede prosperar.

El plazo de prescripción de cinco años resulta inaplicable en este supuesto, en que, como razona el Tribunal a quo, se incoó el procedimiento ante el Servicio de Defensa de la Competencia el 18 de enero de 1993, a consecuencia de una denuncia presentada por las Entidades IBERNOBEL, S.A. y COMPAÑÍA AUXILIAR DE VOLADURAS, S.A. (COVASA), por hechos realizados sustancialmente entre el 22 de julio de 1991 y el 2 de marzo de 1992, en que se formalizaron los contratos de compraventa de 14 de los depósitos comerciales y, simultáneamente, se suscriben los contratos de arrendamiento del negocio y de compra en exclusiva, que interrumpe el plazo prescriptivo, a tenor de lo dispuesto en el apartado tercero de esta disposición legal, y se constata que no se ha paralizado la tramitación.

El principio de seguridad jurídica, que consagra el *artículo 9.3 de la Constitución*, y el principio de legalidad de las infracciones y sanciones administrativas, que reconoce el artículo 25 de la prima lex, no permite acoger la tesis que sustenta la Entidad recurrente de que el expediente caducó el 18 de enero de 1998, porque, ante la falta de regulación de la caducidad para sancionar la inactividad de la Administración en la *Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958*, no puede aplicarse para colmar esta laguna normativa, el plazo de prescripción de cinco años establecido en el *artículo 12 de la Ley de Defensa de la Competencia*, que supone la arbitraria confusión de los regímenes jurídicos que disciplinan la caducidad del procedimiento y la prescripción de la infracción.

El segundo subapartado de este motivo de casación, que descansa en el argumento de que el expediente habría caducado con base a la aplicación de lo dispuesto en la *Disposición Transitoria Única, apartado 3, del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto*, que aprueba el *Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora*, debe ser asimismo desestimado acogiendo la doctrina de esta Sala expuesta en la sentencia de 21 de febrero de 2006 (RC 5959/2001), que se transcribe en la sentencia de 21 de febrero de 2006 (RC 5695/2003), que desplaza la aplicación de la regulación de la caducidad establecida en la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en este caso inaplicable *ratione temporis*, y determina la inaplicabilidad del plazo de caducidad establecido en la referida disposición reglamentaria conforme a los siguientes razonamientos:

«[...] Pues bien, es preciso partir del hecho de que hasta la introducción del *artículo 56 de la Ley de Defensa de la Competencia por la Ley 66/1997*, no había ninguna previsión específica de un plazo máximo de duración de los expedientes sancionadores en la materia cuya extralimitación supusiera la caducidad del expediente. En efecto, ni en la propia *Ley de Defensa de la Competencia* ni en los Reglamentos de funcionamiento del propio Tribunal (*Real Decreto 538/1965, de 4 de marzo*) o del Servicio de Defensa de la Competencia (*Real Decreto 422/1970, de 5 de febrero*) se contempla plazo alguno de caducidad, sino tan sólo plazos concretos para los sucesivos trámites que se han de seguir en un expediente sancionador; de las tres normas citadas, tan sólo el *Real Decreto 422/1970* contempla un plazo global de seis meses para la instrucción del expediente por parte del Servicio (artículo 26.1), pero tampoco lo configura como un plazo de caducidad.

La inexistencia de plazo máximo de duración del procedimiento en la propia normativa de defensa de la competencia plantea la necesidad de dilucidar la aplicabilidad en la materia -y hasta la introducción del *artículo 56 de la Ley de Defensa de la Competencia en 1.997* - del plazo de caducidad estipulado en el *artículo 20.6 del Reglamento sobre procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993* en cumplimiento del mandato contenido en la *disposición adicional tercera de la Ley 30/1992*. De ser aplicable ciertamente se habría producido la caducidad del expediente origen del presente recurso -cuya duración fue de casi dieciocho meses-, puesto que el *citado artículo 20.6* establece un plazo de seis meses para dictar la resolución sancionadora, transcurrido el cual se iniciaría el plazo de caducidad de 30 días previsto en el *artículo 43.3 de la Ley 30/1992* en su redacción anterior a la reforma operada por la *Ley 4/1999, de 13 de enero*, según establece expresamente el propio *artículo 20.6 del Reglamento*.

Sin embargo, tiene razón la Sentencia impugnada al entender que la aplicación de la *Ley 30/1992* a los procedimientos de defensa de la competencia es supletoria en lo que sea compatible con la naturaleza de los procedimientos regulados en la *Ley de Defensa de la Competencia*. Así lo dispone el *artículo 50 de esta Ley*, debiendo entenderse hoy la remisión a la *Ley de Procedimiento Administrativo de 1.958* a la *Ley 30/1992*. Por su parte, ésta última Ley, como *lex posterior*, señala en su Disposición derogatoria, apartado 3, 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". Finalmente, lo previsto por la *Disposición Adicional Séptima de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre*, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, evita cualquier duda al respecto, al determinar que "los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por sus normativas específicas y supletoriamente por la *Ley 30/1992*, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común". Así pues hay que estar en relación con la cuestión que nos atañe sobre duración del procedimiento sancionador en defensa de la competencia a lo previsto en la propia *Ley 16/1989*, siendo la *Ley 30/1992* supletoria en lo no previsto por aquélla.

Pues bien, llegados a este punto hay que concluir que a la vista de los plazos parciales que la propia *Ley de Defensa de la Competencia* o sus reglamentos de desarrollo contemplan para los diversos trámites -entre los que destaca el de seis meses sólo para el procedimiento de instrucción por el Servicio de Defensa de la Competencia- no puede considerarse aplicable, por resultar incompatible con la regulación específica en la materia, el plazo que se alega por las recurrentes de seis meses contemplado en el *artículo 20.6 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora que desarrolla la Ley 30/1992*, que da paso al plazo de caducidad de 30 días previsto en el anterior *artículo 43.3 de la Ley 30/1992*. Esta ha sido la postura reiteradamente mantenida por el propio Tribunal de Defensa de la Competencia (por todas, Resolución de 21 de junio de 1.999), que, en un examen de los diversos trámites previstos por la *Ley de Defensa de la Competencia* ha señalado:

"Otra razón fundamental para la no aplicabilidad del citado art. 43.4, es la multitud de trámites que han de seguirse en dos órganos sucesivamente para que se produzca una resolución que, aun con plazos breves y tasados, haría absurda la aplicación a este procedimiento del plazo de 6 meses establecido en el *RD 1398/1993*, que está previsto para actuaciones generales de la Administración en el ámbito sancionador. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991 establece que las leyes no pueden interpretarse de forma que conduzcan a resultados absurdos.

La LDC no establecía plazos máximos de tramitación, sino plazos para los múltiples trámites previstos en ella, pues se trata de un singular y especial procedimiento a dos niveles: instrucción en el Servicio de Defensa de la Competencia y resolución por el Tribunal. El procedimiento en el Servicio incluye la instrucción de una información reservada, en su caso, la incoación del expediente, la publicación de una nota sucinta en el BOE o en un diario para que cualquiera pueda aportar información en un plazo de hasta 15 días, la práctica de los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades, el establecimiento de un Pliego de concreción de Hechos, su notificación a los infractores para alegaciones y proposición de pruebas por plazo de 15 días, la valoración de pruebas por plazo de 10 días y la redacción del informe que se eleva al Tribunal (*arts. 36 y 37 LDC*). Llegado el expediente al Tribunal, éste resolverá sobre su admisión en el período de 5 días, poniendo el expediente de manifiesto a los interesados y concediéndoles un período de 15 días para proposición de pruebas y solicitud de celebración de vista; sobre la pertinencia de las pruebas el Tribunal resolverá en el plazo de 5 días; practicada la prueba ante el Tribunal (al menos 20 días), su resultado se pondrá de manifiesto a los interesados para su valoración por un plazo de 10 días; pasando, por fin, a vista o conclusiones (plazo de 15 días), salvo que se aplaque la resolución por acordarse diligencias para mejor proveer o por concurrencia con procedimiento en Órganos Comunitarios europeos (*arts. 39 a 44*). A dichos plazos hay que añadir los de notificación de los citados actos y de recepción de los escritos de los

interesados, que pueden presentarlos en multitud de dependencias (*art. 38 Ley 30/1992*).

Los plazos que la LDC establece para cada uno de los trámites constituyen un equilibrio de garantías para las partes en litigio, asegurando el derecho de contradicción y la igualdad de armas, que hacen imposible que el procedimiento pueda finalizar en su fase administrativa en el plazo de seis meses previsto como norma general por el *RD 1398/1993* . Este hecho es reconocido en la *Ley 66/1997, de 30 de diciembre* , de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social que, aparte de establecer 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 30/1992* , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común', 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." (fundamento de derecho segundo de la Resolución citada) [...]" (fundamento de derecho tercero de la Sentencia de esta Sala de 31 de abril de 2.004).».

QUINTO.- Sobre el segundo motivo de casación: la pretensión de inaplicabilidad del *artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia* a las operaciones de concentración de empresas.

El segundo motivo de casación, que se funda en la denuncia de que la Sala de instancia ha aplicado erróneamente el *artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio* , de Defensa de la Competencia, no puede ser acogido.

En el planteamiento subyacente en la formulación de este motivo, se advierte una discrepancia jurídica con la valoración del Tribunal sentenciador sobre la naturaleza de la operación examinada que, con base a lo dispuesto en el *artículo 3 del Reglamento CEE 4069/89* , del Consejo, ha apreciado que en el supuesto fáctico que da origen a la imputación a la Empresa recurrente no concurren los elementos y presupuestos para su calificación de concentración de empresas, que requiere que la operación suponga una modificación permanente de la estructura de control de las empresas, que se revela incompatible con la cláusula de reventa al anterior propietario si incumple la cláusula de exclusividad, al dotarle de un carácter de provisionalidad, o el control de la totalidad o parte de las empresas, que elimine o limite la capacidad empresarial de toma de decisiones, circunstancia que no concurre al gozar las empresas distribuidoras de una posición independiente en la que «explotan directamente, en su propio nombre, por su cuenta y riesgo, y en su propio provecho, los depósitos de explosivos», según razona la sentencia recurrida, que evidencia la falta de adquisición de control de UEE sobre los citados arrendatarios, de modo que resulta jurídicamente lícito someter este comportamiento empresarial, consistente en la adquisición de depósitos de explosivos de titularidad de distribuidores independientes para posterior arrendamiento del negocio, a la acción de los órganos de Defensa de la Competencia, que tienen atribuidas las facultades de investigar, instruir y sancionar las conductas que supongan un abuso de posición dominante, tipificadas en el *artículo 6 de la L.D.C* .

El enjuiciamiento de la conducta imputada por el Tribunal de Defensa de la Competencia debe ser analizada desde su confrontación con el *artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia* , como afirma la sentencia recurrida, y en consecuencia, carece de objeto, como aduce el Abogado del Estado en su escrito de oposición, determinar si se cumplen o no los requisitos a que el *artículo 14 de la L.D.C* . sujeta las concentraciones empresariales, cuando la empresa UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, S.A. no acreditó haber sometido la adquisición de los depósitos de explosivos controvertidos al procedimiento específico regulado en el *artículo 15 de la L.D.C* . y en el *artículo 3 del Real Decreto 1080/1992, de 11 de septiembre* , por el que se aprueba el procedimiento a seguir por los órganos de Defensa de la Competencia en concentraciones económicas, y la forma y contenido de su notificación voluntaria.

SEXTO.- Sobre el tercer motivo de casación: la posición de dominio en el mercado de distribución de explosivos.

El tercer motivo de casación, fundado en la infracción del *artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio* , de Defensa de la Competencia, que censura el pronunciamiento de la Sala de instancia de considerar que la Empresa recurrente UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, S.A., disponía de una posición de dominio en el mercado de referencia de distribución de explosivos, debe desestimarse.

La Sala de instancia acierta al considerar acreditado que UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, S.A., en el periodo analizado, correspondiente a 1991 y 1992, en el que se formalizaron 14 de los 15 contratos de adquisición de depósitos de explosivos, dispone de una posición de dominio efectiva en el mercado de distribución de explosivos.

Este hecho se deduce por el Tribunal sentenciador de la posición de monopolio que ostenta en la fabricación de explosivos industriales en España hasta 1994, que le da plena capacidad de control sobre el suministro de los explosivos que se comercializan, al estar sometida la importación a un sistema de homologación, y de la cuota de mercado que posee en la distribución de explosivos, por ser propietaria de 24 depósitos de explosivos que explota por sí misma, a los que cabría agregar, los 15 depósitos adquiridos en la operación analizada, de los 62 depósitos existentes en ese momento, que le permite asumir una posición real de poder económico influyente en el sector de distribución que obstaculiza el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, que le da la posibilidad de actuar de forma independiente de sus competidores, de sus clientes y de los consumidores.

Cabe concluir que el Tribunal a quo no ha realizado una interpretación errónea del *artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia*, ni incompatible con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al apreciar que, acreditada la disposición de una amplia red de distribución en el mercado de explosivos, se dificulta la pretensión de los competidores de establecer nuevos depósitos de distribución que se encuentran sometidos a un estricto régimen de autorización administrativa motivado por imperiosas razones de seguridad pública.

SÉPTIMO.- Sobre el cuarto motivo de casación: el abuso de la posición de dominio.

El cuarto motivo de casación, fundado en la aplicación errónea del *artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia*, que se sustenta en la alegación de que no ha existido abuso de posición dominante por el hecho de exigir que los distribuidores vendan exclusivamente productos fabricados por la Entidad UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, S.A., no puede prosperar, porque descansa en la exposición de una frágil argumentación que se expone en abstracto, desconectada de las circunstancias concurrentes, como aduce el Abogado del Estado en su escrito de oposición.

La ratio de la sentencia recurrida de calificar de abuso de posición dominante la conducta imputada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, subsumible en el concepto de «explotación abusiva de su porción de dominio» a que alude el *artículo 6.1 de la Ley de Defensa de la Competencia*, se deduce de la valoración de la operación de adquisición de depósitos de explosivos, examinada de forma global o unitaria, que parte del análisis de conjunto de los «Acuerdos Marco» celebrados entre UEE y los quince distribuidores, que incluye el examen de determinadas cláusulas que contienen -venta por precio cierto del depósito comercial, cesión en arrendamiento a su antiguo propietario y causas de resolución, pacto de exclusividad, la aplicación de bonificaciones, y la fijación de una política comercial conjunta-, que no sólo supone el incremento de su presencia en la red de distribución de explosivos en España, reforzando su posición ad futurum, sino que obedece a una estrategia de cierre del mercado a los competidores que modifica la estructura del mercado de distribución de explosivos que se encuentra sometido a un proceso incipiente de liberalización, imponiendo obstáculos efectivos al mantenimiento del nivel de competencia existente, y que, asimismo, limita la actividad empresarial de los fabricantes de explosivos que pretendan introducirse en el mercado español, al tener limitada o cerrada, mediante pactos comerciales de exclusividad formalizados con los distribuidores de explosivos, la red de distribución y la venta de sus productos.

Debe significarse, para abordar adecuadamente este motivo de casación, que la legislación sobre defensa de la competencia, que constituye un desarrollo del *artículo 38 de la Constitución*, y que pretende disciplinar el libre mercado de modo que los empresarios puedan competir en régimen de igualdad de condiciones, tiene como objeto, según afirma el Tribunal Constitucional en la sentencia 264/1993, de 22 de julio, la ordenación de la libertad de defensa de la competencia mediante la prevención y, en su caso, la represión de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado, que promueve la intervención de los poderes públicos para declarar la nulidad de conductas colusorias o de abusos de posición dominante, en garantía del derecho de defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, decisiones, o actuaciones alentatorias de la libertad de competencia que alteren el mercado de producción o distribución de los productos ofrecidos por las empresas, que a su vez, pueden constituir restricciones en perjuicio de los consumidores cuyos legítimos intereses económicos, así como su seguridad, garantiza el *artículo 51 de la Constitución*.

Y no está fuera de lugar recordar lo que esta Sala ha declarado sobre el significado jurídico del abuso de posición dominante en la sentencia de 8 de mayo de 2003, (RC 4495/1998) que reiteramos en la sentencia de 9 de junio de 2003 (RC 8463/1998):

En el fundamento jurídico séptimo de la sentencia invocada en primer término, dijimos:

«A) Como es obvio, lo prohibido no es la posición de dominio, sino la explotación abusiva de esa posición.

B) Se contiene en él (se refiere al *art. 6 LDC*) una lista de comportamientos calificables como abusivos, pero tal lista no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, que ilustra sobre el concepto de explotación abusiva pero no lo agota.

C) La explotación abusiva pasa, así, a ser la noción fundamental del precepto, el cual, sin embargo, no contiene, más allá de lo que aporta la citada lista, una definición de lo que debe entenderse por tal.

D) La explotación abusiva no es sólo una conducta prohibida, sino también una conducta "típica", que la Ley considera constitutiva de infracción administrativa, ligando a ella, por tanto, la posibilidad de la imposición de una sanción en sentido estricto (*artículo 10 de la Ley 16/1989*).

E) Por ello, al enjuiciar si una conducta es constitutiva de explotación abusiva, han de tenerse presentes los principios propios del derecho sancionador, en el sentido de exigencia de que tal calificación de la conducta pudiera ser predecible por su agente, de prohibición del uso de la analogía y de resolución a favor del imputado de las dudas razonables que no hayan podido ser despejadas.

F) Por fin, dada la similitud existente entre el *artículo 82 (antiguo artículo 86) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea* y aquel artículo 6, que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al Derecho de Defensa de la Competencia español, cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro Derecho interno».

De este modo, conforme a estos parámetros precisos de enjuiciamiento, debe señalarse que el reproche que se formula a la sentencia recurrida de fundar la imputación de abuso de posición dominante en el examen de la cláusula de exclusividad que vincula al arrendatario del depósito a almacenar y distribuir únicamente los productos fabricados por UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, S.A., resulta injustificado, porque la Sala de instancia acoge una valoración global de los «Acuerdos Marco» celebrados entre UEE y las sociedades de distribución, para determinar que tienen como objetivo el cierre del mercado de distribución, rechazando que la imposición de las concretas estipulaciones que confieren prerrogativas a UEE analizadas separada o aisladamente, por su naturaleza de condiciones no equitativas o discriminatorias, constituyan a su vez infracciones autónomas o independientes tipificadas en el *artículo 6.2 de la Ley de Defensa de la Competencia*, como sostenía el Servicio de Defensa de la Competencia, por lo que resulta superflua a estos efectos la invocación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o de resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, sobre el examen de los pactos de exclusividad que no son directamente aplicables en este supuesto, al no poder desvincularse de los pactos de adquisición de los depósitos analizados.

Cabe concluir que resulta razonable y conforme al contenido del *artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia*, la apreciación de la Sala de instancia de considerar abuso de posición dominante la conducta imputada a UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, S.A., de proceder a la adquisición de depósitos de explosivos independientes, con el objeto de completar su red de distribución de forma significativa y cerrar el mercado a los competidores potenciales, porque supone una limitación de la distribución perjudicial para los empresarios y los consumidores, al concurrir, en razón de las circunstancias específicas del mercado de distribución de explosivos expuestas, los presupuestos exigibles para su aplicación.

OCTAVO.- Sobre el quinto motivo de casación: la violación del principio de proporcionalidad.

El quinto motivo de casación, que se fundamenta en la alegación de que la sentencia recurrida infringe el principio de proporcionalidad, debe desestimarse.

En este supuesto, conforme a lo dispuesto en el *artículo 10.2 de la Ley de Defensa de la Competencia*, procede rechazar que el Tribunal a quo haya vulnerado el principio de proporcionalidad, al confirmar la validez de la cuantía de la sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia, que ya atemperó la multa teniendo en cuenta la trascendencia menor que ocasionó la conducta imputada al proceder la empresa recurrente a modificar su estrategia empresarial tendente a cerrar el mercado de distribución de explosivos al renunciar a formalizar en escritura pública alguno de los contratos de adquisición de depósitos realizados y a liberar a los distribuidores de la cláusula de exclusividad.

La Sala de instancia ha valorado ponderadamente el alcance efectivo que en el mercado de referencia ha producido el abuso de posición de dominio, que se vincula a la noción de la intencionalidad de la conducta imputada y a la reparación de los efectos lesivos de la competencia invocados como atenuante por la parte recurrente, y la dilatada duración del procedimiento, cuya reparación debe exigirse, en su caso, como un supuesto de responsabilidad patrimonial derivado del funcionamiento del Servicio de Defensa de la Competencia.

Debe concluirse, que la Sala ha respetado el criterio normativo establecido en el *artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y las directrices jurisprudenciales sobre el principio de proporcionalidad expresadas en la sentencia de esta Sala de 24 de mayo de 2004 (RC 7600/2000), que se reitera en la sentencia de 14 de octubre de 2005 (RC 4372/2001):

«Pues, en efecto, el principio de proporcionalidad, en su vertiente aplicativa ha servido en la jurisprudencia como un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción.».

Procede, consecuentemente, al rechazarse todos los motivos de casación formulados, declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Entidad Mercantil UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, S.A., contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de abril de 2003, dictada en el recurso contencioso-administrativo 214/2000.

NOVENO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Entidad Mercantil UNIÓN ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, S.A., contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de abril de 2003, dictada en el recurso contencioso-administrativo 214/2000.

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Fernando Ledesma Bartret.- Óscar González González.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Francisco Trujillo Mamely.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico. Alfonso Llamas Soubrier.- Firmado.