

Id Cendoj: 28079230062007100117  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 409 / 2005  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA  
Tipo de Resolución: Sentencia

## **SENTENCIA**

Madrid, a nueve de marzo de dos mil siete.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Confederación Española de Empresarios de **Estaciones de Servicio** (CEEES), y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº David García Riquelme, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 19 de mayo de 2005, relativa a archivo de actuaciones, siendo Codemandada BP Oil España S.A.U., REPSOL Comercial de Productos Petrolíferos S.A. y Compañía Española de Petróleos y la cuantía del presente recurso indeterminada.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Confederación Española de Empresarios de **Estaciones de Servicio** (CEEES), y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº David García Riquelme, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 19 de mayo de 2005, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución que nos ocupa.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, denegado éste y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veintisiete de febrero 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 mayo de 2005, por la que se acuerda el archivo de actuaciones realizadas como consecuencia de la denuncia presentada por la hoy recurrente frente a las codemandadas, al entender el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia, que no concurrían indicios racionales de infracción administrativa que justificaran la continuación de actuaciones encaminadas a perseguirla.

Los hechos que han dado origen al presente recurso son los que siguen: la recurrente denunció a las hoy codemandadas por entender que otorgaban mejores condiciones económicas a los distribuidores intermedios y a los titulares de estaciones fijas que a las **estaciones de servicios** en relación a los productos petrolíferos suministrados.

La recurrente sostiene que los hechos descritos son constitutivos de la infracción tipificada en los *artículos 6 y 7 de la Ley 16/1989*.

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

A) El *artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio*, en su redacción dada por *Ley 52/1999 de 28 de diciembre*, dispone: " 1 Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."

El *artículo 6 de la misma norma en su redacción igualmente por Ley 52/1999* establece: "1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. 2. El abuso podrá consistir, en particular, en: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios y otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos. b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."

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

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

B) El *artículo 10.1* del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los *artículos 1, 6 y 7... Multas de hasta 150 .000.000 pesetas*, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas..." - hoy la suma ha de entenderse de 901.518,16 euros -.

De los preceptos citados resulta: 1) La actividad tipificada en el tipo sancionador del *artículo 1* lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o mas sujetos a tal fin. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. La conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.

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

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

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

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

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

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

Pues bien, el propio TDC declara probado que existen diferencias entre los descuentos o márgenes otorgados por los operadores petrolíferos a los tres distintos tipos de distribución, **estaciones de servicio**, clientes directos con instalaciones fijas y distribuidores intermediarios, en relación con comilones, descuentos y márgenes.

La cuestión viene determinada precisamente por este trato diferenciado.

Ahora bien, acierta el TDC cuando señala que dicho trato diferenciado debe apreciarse en prestaciones equivalentes, pues de no serlo, no es exigible una homologación en el trato cuando las situaciones jurídicas y económicas difieren unas de otras.

Así las cosas, es necesario para la aplicación del *artículo 6 de la LDC*, de una parte, que exista posición de dominio, de otra, que se abuse de ella, en este caso aplicando condiciones distintas a prestaciones equivalentes, y, por fin, que se afecte o pueda afectar la libre competencia.

En la Resolución impugnada se señala que las prestaciones no son equivalentes, ni por los costes, ni por el destino del producto, por lo que no puede apreciarse ni comportamiento abusivo, ni competencia desleal.

El actor funda sus argumentaciones en tres razonamientos centrales:

1) vulneración del *artículo 63.1 de la Ley 30/1992* en cuanto se ha vulnerado la seguridad jurídica y el efecto de cosa juzgada. Se afirma que la sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 1998, posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo, afirmaba que los tres tipos de distribución competían entre sí, afirmación que nos es considerada por el TDC. Aún admitiendo que exista tal competencia sería necesario

que concurriera el abuso, y este no es apreciado por el TDC precisamente por entender que las prestaciones no son equivalentes, que es precisamente el eje central de su razonamiento.

2) Vulneración del *artículo 61.3 de la Ley 30/1992 en relación con el 1.1 d) y 6.2 d) de la LDC y 82.1 del Tratado CE*, toda vez que entiende que los costes en una y otras formas de distribución aparecen compensados por otros beneficios, especialmente por los contratos de exclusiva previstos en el *Reglamento 84/1983*. Pero precisamente esta argumentación, y los distintos beneficios que la recurrente enumera en su demanda, ponen de manifiesto la existencia de unas relaciones jurídico económicas diferenciadas entre los operadores y las **estaciones de servicio**, en relación con los restantes distribuidores, que vienen a afirmar el acierto de las apreciaciones del TDC en cuanto a la imposibilidad de homologar las diversas categorías de distribución.

3) Vulneración del *artículo 63.1 de la Ley 30/1992 en relación al artículo 7 de la LDC, 16.2 de la Ley 3/1991 y 82.1 del tratado de la CE*, en cuanto reitera que se ha producido un trato abusivo. Hemos de señalar que en el presente recurso se enjuicia la conducta competitiva por la propia existencia de condiciones diferenciadas en abstracto, y desde esta perspectiva no existe abuso porque no se aprecian situaciones homologables entre los distintos operadores, por ello, en base a la *Ley 16/1989* no pueden ejercitarse facultades sancionadoras administrativas. Ahora bien, distinto es que, en cada caso concreto y atendiendo a las concretas condiciones impuestas, puedan considerarse abusivas en aplicación de la *Ley 3/1991*, pero esta cuestión es entre privados y habrá de sustanciarse ante los Tribunales competentes. Lo esencial en el presente caso es que un tratamiento diferenciado, en abstracto, a distribuidores cuyas relaciones jurídicas y económicas difieren, no puede entenderse que constituya un conducta anticompetitiva cuando no se aprecia equivalencia en las prestaciones.

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 Confederación Española de Empresarios de **Estaciones de Servicio** (CEEES), y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº David García Riquelme, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 19 de mayo de 2005, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el *artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985*, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.