

Id Cendoj: 28079230062007100239  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 35 / 2004  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

CONDUCTAS PROHIBIDAS

**SENTENCIA**

Madrid, a veintitres de abril de dos mil siete.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 35/04 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido ASOCIACION DE **GANADEROS** DE LA CORUÑA SOCIEDAD COOPERATIVA representada por el Procurador Sr. Vázquez Guillén frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 19 de noviembre de 2003, relativa a archivo de denuncia por conductas prohibidas y la cuantía del presente recurso indeterminada; siendo codemandado ENCE S.A. representada por el Procurador Sr. Sánchez-Puelles. Ha sido Ponente la Magistrado D<sup>a</sup> Mercedes Pedraz Calvo.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.-La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 27 de enero de 2004 . La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso y "se declare la existencia de prácticas y acuerdos prohibidos y de un abuso de posición dominante por parte de la Empresa Nacional de Celulosas Españolas S.A. (ENCE); se ordene la cesación inmediata de dichas prácticas y acuerdos prohibidos; se imponga a ENCE la obligación de pagar madera de eucalipto de Galicia aun precio que responda a la libre competencia y libre mercado; y se imponga a ENCE la multa sancionadora que se entienda proporcionada a la importancia de la infracción".

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

La codemandada contestó igualmente a la demanda mediante escrito en el cual recogió los fundamentos de hecho y derecho que estimó de rigor solicitando la desestimación del recurso.

CUARTO-. La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental y la pericial a instancias de la actora, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO-. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 17 de abril de 2.007 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 19 de noviembre de 2003 en el Expediente 581/2003 (2184/00 del SDC) resolviendo el recurso interpuesto por ASOCIACION DE **GANADEROS** DE LA CORUÑA SOCIEDAD COOPERATIVA (hoy actora) contra acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 2310 de junio de 20034 que archivaba las actuaciones seguidas por su denuncia contra EMPRESA NACIONAL DE CELULOSAS ESPAÑOLAS S.A. hoy codemandada por alegada comisión de una infracción del *artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia* consistente en la imposición de precios de compra mediante abuso de una posición de dominio.

El TDC resolvió desestimar el recurso

SEGUNDO-. Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue: el acuerdo recurrido mantiene que el precio pagado por ENCE es un precio DESVIADO, desviación que se explicaría por diversos factores: a) importante volumen de compras de Ence, b) no presencia de intermediarios, c) estimación a la baja del coste del transporte.

La actora considera que el importante volumen de compras de ENCE demuestra que ocupa una posición de dominio respecto a los restantes adquirentes de eucaliptos con destino a la fabricación de pasta de celulosa; la no presencia de intermediarios no solo no es cierta sino que les impone la intermediación de NORTE FORESTAL S.A. empresa de su grupo cuya presencia perjudica a los productores porque el lucro que obtiene no lo repercute a ENCE sino a los productores siendo este uno de los principales motivos de la desviación del precio; no se produce tampoco la estimación a la baja del coste del transporte señalando la actora que "Norte Forestal paga la cantidad idónea para que al productor no le compense el transporte desde La Coruña a los citados destinos, pero sin llegar a pagar el precio real de la madera de eucalipto, que es el que paga Ence a Norte Forestal S.A."

Continúa alegando que está imponiendo condiciones y que no compra toda la madera en Galicia para que no suba el precio, lo que igualmente falsea la competencia, citando en apoyo de su tesis la Comunicación de la Comisión Europea de 9-XII-97 sobre definición de mercados de referencia considerando que un hipotético mayor acierto en la definición por el TDC del mercado relevante hubiera debido conducir a una decisión de sentido o contenido distinto a la adoptada.

El Abogado del Estado alega que el mercado está correctamente delimitado, y que es el nacional puesto que las fábricas de celulosa adquieren materias primas en diferentes partes del territorio nacional y del extranjero, como resulta del análisis de la distribución geográfica de los porcentajes medios de las compras de madera de eucalipto por las empresas productoras de celulosa. Igualmente los precios que fija ENCE están justificados, no habiéndose acreditado ni la posición de dominio ni el abuso de esta por parte de la empresa denunciada.

La codemanda alega por su parte la conformidad a derecho de la resolución impugnada, porque a su juicio, en primer lugar, ha quedado acreditado que en el mercado relevante hay pluralidad de oferta y de demanda; en segundo lugar que la madera gallega se vende en todo el territorio nacional, que la producción nacional de madera de eucalipto es insuficiente para abastecer la industria nacional de celulosa, y que el eucalipto gallego está bien cotizado y es fuertemente demandado por el sector. En tercer lugar, niegan que ENCE ostente una posición de dominio en este mercado, ya que hay otras empresas que lo adquieren alguna de ellas con una cuota de mercado similar a la de la codemandada. Finalmente señala que no ha abusado de una posición de dominio de la que carece, ni ha desarrollado un comportamiento anticompetitivo.

TERCERO-. El exámen de los motivos de impugnación alegados por la recurrente exige determinar en primer lugar si la denunciada ostenta una posición de dominio en el mercado relevante, puesto que de no

existir faltaría el primer elemento del tipo infractor recogido en el *artículo 6 LDC*.

La Administración ha concluido que no ostenta tal posición de dominio.

Las actuaciones obrantes en el expediente administrativo confirman la apreciación que recoge el TDC en el acto administrativo impugnado:

- En primer lugar ENCE no es la única adquirente de pasta de papel ni en el mercado nacional ni en el mercado gallego. Las especiales características de este último han quedado en evidencia en la instrucción del expediente, y no han sido negadas por ninguna de las partes: la madera de eucalipto gallega tiene una calidad y unas características que la diferencia de la restante madera nacional en este ámbito de la elaboración de pasta de papel en el territorio del Estado.

- En el periodo de tiempo relevante, la comparación de las cifras de volumen de negocio en el mercado de la elaboración de pasta de papel en el territorio nacional entre la denunciada y su principal competidora pone de manifiesto la similitud de las cifras en cuanto a la adquisición de madera de eucalipto. Y concretamente en el territorio de Galicia, ambas sitúan el 35% de sus compras en dicho mercado geográfico. El conjunto de la cifra de negocios de las empresas participantes en esta actividad económica valorado en relación con el mercado relevante en el periodo 1998-2001 pone de manifiesto que ENCE no ostenta posición de dominio en dicho mercado. La actora en el escrito de demanda alega que tiene el 70% de la cuota de mercado pero o se ha acreditado tal circunstancia. El informe económico del grupo ENCE respecto del ejercicio 2003 no puede acreditar cual era su cuota de mercado en los años 1998 a 2001, y el resultado del informe pericial practicado a instancias de la recurrente es ilustrativo respecto a la política de precios de la empresa NORFOR pero (salvo para señalar que NORFOR compite con otros compradores) no ofrece datos sobre la cuota de mercado de la citada empresa o la de la propia ENCE.

Ahora bien: la existencia o inexistencia de posición de dominio en el mercado relevante no puede concluirse atendiendo exclusivamente al dato de la cuota de mercado de la empresa correspondiente, por lo que procede valorar si pese a ostentar una cuota similar a la de al menos otra de las competidoras, existen otros criterios que prueben que ENCE puede comportarse de forma independiente de sus competidores, clientes y consumidores.

No se ha practicado prueba alguna que acredite dicha independencia: se denuncia y se argumenta sobre el sistema de adquisición de la madera, a través de una filial y las prácticas comerciales de esta y es respecto a la utilización de una filial que giran las pruebas y argumentos de la recurrente. A juicio de esta Sala, ninguna de tales circunstancias (sobre la actuación de NORFOR) sustenta la conclusión de que ENCE realiza el citado comportamiento independiente, debiendo concluirse que no se ha acreditado la posición de dominio de la denunciada.

Sin este fundamento no procede valorar si la actuación de dichas empresas en el mercado relevante es o no abusiva, porque la ley no prohíbe la posición de dominio sino la explotación abusiva de esta, y no puede explotarse abusivamente una posición que no se detenta (en el marco de este litigio y dentro de los hechos enjuiciados no se ha probado).

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

CUARTO-. 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 debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de ASOCIACION DE **GANADEROS** DE LA CORUÑA SOCIEDAD COOPERATIVA contra el Acuerdo dictado el día 19 de noviembre de 2003 por el Tribunal de Defensa de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el *art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial* .

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.