

Id. Cendoj: 28079230062005100190
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 01/06/2005
Nº de Recurso: 855/2002
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a uno de junio de dos mil cinco.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 855/02 que ante esta Sala de lo

contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador de los Tribunales

D. Fernando García Sevilla, en nombre y representación de CONSEJEROS ADR CLASE 2 S.L y D.

José . Siendo codemandada ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE GASES LICUADOS DEL PETROLEO, representada por la Prucuradora Sra.

Gómez Sánchez, frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr.

Abogado del Estado, contra la Resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el

día 21 de octubre de 2002, en materia relativa a denuncia por conductas prohibidas. Ha sido

Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de CONSEJEROS ADR CLASE 2 S.L. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de referencia mediante escrito de fecha 18-XII-02. 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 actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 23 de marzo de 2003 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando la estimación del recurso y la declaración de nulidad del acto administrativo impugnado y se acuerde la práctica de las diligencias encaminadas a la determinación durante el año 2000 de los elementos fácticos y cuantitativos obtenidos en el escrito de la denuncia interpuesta por los actores. Y con carácter "alternativo y subsidiario" se declare que la Asociación denunciada, su Presidente y su Consejero de Seguridad han incurrido en una conducta prohibida del Art. 1.1 LDC, otra del Art. 6 LDC y otra del art. 7 LDC con imposición de la sanción correspondiente.

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito de fecha 12-IX-03, 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.

El 17-II-04 la representación procesal de Asociación Española de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo que se había personado como codemandada, contestó a la demanda solicitando la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

CUARTO.- La Sala acordó recibir a prueba el recurso practicándose la documental a instancias de la parte recurrente y de la codemandada, 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 por votación y fallo del recurso la fecha del 31 de mayo de 2.005 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo el Acuerdo dictado el día 21 de octubre de 2002 por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente 497/01 (Gases Licuados) por el que acuerda :

"Primero.- "Desestimar el recurso interpuesto por Consejeros ADR Clase 2 S.L. contra el Acuerdo de 19 de julio de 2001 del Secretario General de Política Económica y Defensa de la competencia que archivaba las actuaciones seguidas por la denuncia del recurrente contra la Asociación Española de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo, su Presidente D. Esteban y su Consejero de Seguridad D. Pedro Antonio .

Segundo.- Remitir al Ministerio de Fomento la denuncia presentada por Consejeros ADR Clase 2 S.L ante el Servicio así como la presente resolución".

SEGUNDO.- Los hechos que se encuentran en el origen del presente recurso son los siguientes: con fecha 8 de mayo de 2001 la parte hoy actora formuló denuncia contra la codemandada ante el Servicio de Defensa de la Competencia, señalando que la Asociación denunciada, su Presidente y su Consejero de Seguridad implantaron

durante el año 2000 un servicio para todos los asociados en todo el territorio nacional a los efectos de cubrir sus necesidades impuestas por el Real Decreto 1566/1999 de 8 de octubre en materia de consejeros de seguridad para el transporte de mercancías peligrosas. Los precios fijados eran de 5.000 ptas al año por cada 100.000 botellas de venta a pagar en el momento de la expedición del certificado, y 5.000 ptas distribuidas en cuatro derramas trimestrales por asesoría sobre transporte. El denunciado Sr. Suárez, abogado de la Asociación denunciada y Consejero de Seguridad sería el encargado de prestar el servicio. En el año 2000, se denunciaba, más de 400 empresas distribuidoras de gases licuados se adhirieron a la oferta.

El Servicio archivó las actuaciones el día 19 de julio de 2001.

El T.D.C. razona que : 1º en relación con el Art. 1 LDC , no considera que la aceptación de la oferta de la Asociación para asesorar a las empresas en materia de seguridad pueda ser interpretada como una forma de concertación ilícita. 2º respecto del Art. 6 LDC , el denunciante no ha definido el mercado en el que supuestamente se produjo el abuso, ni la posición de dominio que en tal mercado pudiera tener la Asociación ni la naturaleza del abuso. 3º la actuación desleal en que pudiera consistir el pequeño importe de la suma percibida no puede incardinarse en el Art. 7 LDC al faltar por completo el requisito del interés público, y en cuanto a la posible violación de normas, considera el TDC que su vigilancia corresponde al Ministerio de Fomento.

TERCERO.- El artículo 1 LDC declara prohibido 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. Los acuerdos son prohibidos en tanto en cuanto tengan por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear la competencia: en el supuesto enjuiciado no se ha argumentado como o por qué el acuerdo de la Asociación denunciada tiene por objeto o puede tener el efecto exigido por la ley para reputarle anticompetitivo. No basta para incoar un expediente sancionador la mera alegación en tal sentido: es preciso que o bien 1º) de los propios términos del acuerdo resulte que en las concretas circunstancias en que debe tener lugar la actuación de los Consejeros de Seguridad en el Transporte de determinados gases del petróleo y vista la situación del mercado la lesión a la competencia sea verosímil o bien 2º) que dado el contexto económico y jurídico en el que el acuerdo se adopta la puesta en práctica del mismo pueda restringir, impedir o falsear la competencia. Del examen de las alegaciones formuladas por la recurrente no resulta indiciariamente (nivel de exigencia para la incoación de un expediente ante los órganos de Defensa de la Competencia) que en las condiciones en que se encontraba el mercado, y en concreto, visto el número de empresas afectadas, el de asociadas, y el de las que aceptaron la oferta, la actuación de la Asociación denunciada y de su Presidente y su Consejero de Seguridad reúna los requisitos más arriba analizados.

CUARTO.- El abuso de posición de dominio es sancionado en el artículo 6 LDC , que prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional, o de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente.

En primer lugar, la denunciada está dentro del ámbito subjetivo de la norma porque, como ha señalado el TJUE en sentencias de 12-XII-74 y 20-III-85 "los agentes económicos considerados empresas a efectos del derecho comunitario de la

competencia son todas las entidades que ejercen actividades de carácter económico, con independencia de su forma jurídica" concretando: "se considera actividad de carácter económico toda actividad, incluso sin fines lucrativos, que participe en los intercambios económicos".

En cuanto al elemento objetivo, de la prueba practicada en autos ha resultado acreditado que la denunciada no ostenta posición de dominio en el mercado, tal y como se ha venido definiendo por la jurisprudencia comunitaria (por ejemplo sentencias de 25-X-77 Metro-Saba, United Brands de 14- VII-78 o Hoffman La Roche de 13-II-79): una empresa está en posición dominante cuando puede determinar sus comportamientos con independencia, sin tomar en consideración a sus competidores, compradores o proveedores. Por esta misma Sala y Sección se ha señalado que una empresa la ostenta cuando detenta en el mercado relevante tanto potencia económica como independencia de actuación. El mercado relevante, debe definirse teniendo en cuenta dos elementos: 1º que los Consejeros de Seguridad de la clase II ADR prestan servicios no solo en relación con el Transporte de Gases Licuados del Petróleo por carretera, sino igualmente con el transporte de otras mercancías peligrosas respecto de las cuales es igualmente necesario el informe del Consejero; 2º la Asociación denunciada lo es de empresas distribuidoras de gases licuados del petróleo. En consecuencia, es preciso valorar ambos factores a la hora de determinar si la denunciada, por el número de asociados que pueden beneficiarse de la práctica que los recurrentes reputan constitutiva del abuso, y vista la estructura de especialización de los Consejeros de Seguridad ostenta posición de dominio.

Las pruebas practicadas en este recurso tanto a instancias de la recurrente como de la codemandada, ponen de manifiesto que no ostenta posición de dominio en el mercado así definido, faltando en consecuencia el presupuesto básico para entender concurren los elementos objetivos del tipo denunciado.

QUINTO.- El artículo 7 LDC establece: 1. El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias:

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

b) Que esa grave distorsión afecte al interés público.

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

El Tribunal Supremo en la sentencia de 8-III-02 resolvió las dudas preexistentes sobre la definición de esos "actos de competencia desleal", y en concreto sobre la necesidad de acudir a la Ley 3/1991 de Competencia Desleal a tales efectos:

"Las exigencias de seguridad jurídica en la interpretación de normas cuya vulneración lleva aparejada sanciones administrativas (principio de certeza en la configuración de los tipos) nos conduce a adoptar un criterio de apreciación más restrictivo del que pudiera deducirse a primera vista, de la mera lectura del precepto: partimos por tanto de que la expresión "actos de competencia desleal" utilizada por el Art. 7 d e la Ley 16/1989 no tiene una significación autónoma, sino que remite a las

conductas empresariales específicamente catalogadas como desleales en las leyes correspondientes. Tras la aprobación de la Ley 3/1991 dichas conductas son las plasmadas en la "generosa" cláusula general de su Art. 5 y en los arts. 6 a 17."

En el supuesto enjuiciado falta este primer requisito, que de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo citada, va indisolublemente unido al segundo, la afectación del interés público (los dos, falseamiento sensible de la libre competencia y afectación del interés público) igualmente ausente en la exposición de hechos denunciados, a tenor de la prueba practicada en estos autos. La parte recurrente que vio cerrada la investigación por el archivo decretado por el SDC y confirmado por el TDC ha tenido en estos autos la oportunidad de practicar prueba en apoyo de su pretensión, sin que de la misma haya resultado acreditada la concurrencia de los elementos que el Art. 7 LDC establece para entender cometida la infracción denunciada a su amparo.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado por su conformidad a derecho.

SEXTO.- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional , justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS:

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por CONSEJEROS ADR Clase 2 S.L. y D. José , contra el Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia dictado el día 21 de octubre de 2.002 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 del Poder Judicial .

ASI por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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