

Roj: SAN 43/2002  
Id Cendoj: 28079230062002100449  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 559/2000  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo  
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

Madrid, a once de enero de dos mil dos.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Asociación de empresas abanderadas de Total España S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Luciano Rosch Nadal, 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 23 de febrero de 2000, siendo Codemandada Total España S.A. y la cuantía del presente recurso indeterminada.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo por Asociación de empresas abanderadas de Total España S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Luciano Rosch Nadal, 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 23 de febrero de 2000, solicitando a la Sala, se declare la nulidad del acto impugnado.

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 a tal fin lo que estimó oportuno, e igualmente hizo la codemandada.

TERCERO: No habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día nueve de enero de dos mil dos.

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 JURÍDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 23 de enero de 2000, por la que se confirma el archivo acordado por el Servicio de la

Competencia, respecto de la denuncia presentada por la hoy recurrente.

Los hechos que constituyen la denuncia que dió origen al expediente y posteriores resoluciones de archivo, son los que siguen: con aportación de 13 contratos de abanderamiento celebrados entre la codemandada y otros tantos titulares de estaciones de servicio, se afirma por la recurrente, que de las cláusulas contractuales resulta que existe una fijación de precios de los carburantes por todas las grandes del sector, al mantener y fijar entre todas el margen comercial lo que supondría un acuerdo colusorio. Se imputa igualmente abuso de posición de dominio en cuanto a la recomendación de precios que es admitida por los contratos citados.

SEGUNDO: El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 por el que se sanciona a los actores, dispone: "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...", a continuación el precepto señala determinadas conductas, a título de ejemplo, constitutivas de la infracción anteriormente definida - que lo es con sustantividad propia con independencia de las conductas a continuación enumeradas, que suponen la concreción ejemplificativa de algunos de los supuestos que son subsumibles en el tipo infractor definido -; "a) La fijación de forma directa o indirecta de precios... c) El reparto del mercado... d) La aplicación en las relaciones comerciales... de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros."

Por su parte el artículo 6º del mismo Texto Legal establece: "Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional..."

TERCERO: Desde la perspectiva de las normas de aplicación hemos de analizar la cuestión que se nos somete:

A) Se afirma por la actora la existencia de una conducta incurso en el artículo 1.1 a) en cuanto a través de un contrato de exclusividad se admite la recomendación de precios, que en la práctica y a través de la garantía del margen comercial fijado, también admitido en el contrato, los grandes operadores del mercado establecen. Esta afirmación encierra dos aspectos.

1.- Hemos de partir de la licitud de las cláusulas de exclusividad y recomendación de precios pues los contratos que nos ocupan se encuentran amparados en la exención por categorías reguladas en los Reglamentos 1984/83 y 1582/97 de la Comisión. Ahora bien, si en la práctica ello supusiere una imposición de precios más allá de lo autorizado, por la codemandada, sería de aplicación la Ley 16/1989. En tal caso, el problema de la fijación de precios ha de plantearse desde una conducta voluntaria por ambas partes en el contrato, en cuyo caso estaríamos ante el supuesto del artículo 1.1, pues hemos de admitir que los contratos responden a pactos voluntarios de las partes - sería esta una conducta colusoria vertical -. No existe indicio alguno para afirmar que las partes contratantes han acordado la fijación de precios en el mercado ni que aplican el contrato en tal sentido.

2.- El segundo aspecto, relativo a un acuerdo entre las grandes operadoras en el mercado para fijar los precios a través del establecimiento de unos márgenes comerciales similares - sería una conducta colusoria horizontal -. Correctamente afirma el TDC que el examen de 13 contratos no es suficiente para fundar tal afirmación. Pero aún más, los márgenes garantizados en los contratos toman como referencia clara los establecidos por las compañías líderes del sector en la zona, lo que indiscutiblemente pone de manifiesto un intento de mantenimiento de la rentabilidad respecto de las restantes estaciones de servicio en la zona - conducta justificada en la estrategia de entrada en un mercado en proceso de liberalización tras la extinción del monopolio -. Tampoco de tal cláusula puede extraerse un acuerdo entre las empresas líderes del sector para fijar precio, pues tomar como referencia la rentabilidad de las estaciones de servicio en la zona, no supone en absoluto un acuerdo más allá de la garantía que se pretende.

B) Se planteó en vía administrativa, aunque no ahora en la judicial, un posible abuso de la posición de dominio de la codemandada en la recomendación de precios. Esto es, que la denunciada utiliza las facultades conferidas en el contrato para, no ya recomendar, sino imponer precios de venta al público de los carburantes de manera unilateral a las estaciones abanderadas. Con independencia de la incidencia que tal afirmación pudiese tener en cuanto a la ejecución del contrato - cuestión que no es objeto del presente recurso ni competencia de esta especializada jurisdicción -, lo cierto es que para entender que una conducta semejante se encuentre en el ámbito de la Ley 16/1989, es necesario que el operador económico que así actúa, se encuentre en posición de dominio, y en tal caso la conducta sería constitutiva de un abuso de posición de dominio. Pero es evidente, y no existe un solo indicio en contrario, que la codemandada no

ocupa posición de dominio en el mercado.

C) En cuanto al reparto del mercado - artículo 1.1 c) -, tan solo encuentra como fundamento en la demanda, la afirmación carente de elemento fáctico alguno de la existencia de un oligopolio y de precios similares en todas las estaciones de servicio abanderadas de grandes compañías. Tales afirmaciones en sí mismas no suponen en absoluto reparto del mercado, que ni siquiera puede inducirse racionalmente de tales afirmaciones aún cuando fuesen ciertas - de cuya certeza tampoco existe elemento probatorio -.

D) En relación con la imposición de condiciones desiguales - artículo 1.1 d) -, se encuentra su fundamento según la actora, en que dados los márgenes comerciales garantizados y la recomendación de precios se encuentran en desigualdad para competir con las estaciones libres. Pero correctamente señala el TDC que tal punto de comparación es irrelevante a efectos del precepto invocado, pues son situaciones radicalmente distintas. En realidad no se imputa a la codemandada el establecimiento de condiciones diversas, sino que lo que se afirma es que distintas opciones jurídicas en la explotación de estaciones de servicios por sus titulares - abanderadas y libres -, coloca a unas y otras en distinta posición en el mercado. Lo cual es completamente cierto y legítimo. Y lo que omite la recurrente es que tales diferenciaciones lo son en positivo y en negativo en los distintos aspectos - de ahí la existencia en el mercado de ambas formas de explotación -. Pero lo que ni se afirma ni se acredita, ya sea indiciariamente, es que la codemandada imponga injustificadamente condiciones diferentes en situaciones semejantes.

Por último, aún con cita del artículo 7 de la Ley 16/1989, no existe ni una sola afirmación de la que deducir que el mismo es aplicable al caso de autos.

CUARTO: Todo lo expuesto lleva a la Sala a desestimar el 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 Asociación de empresas abanderadas de Total España S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. D<sup>o</sup> Luciano Rosch Nadal, 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 23 de febrero de 2000, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos, 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.