

Id Cendoj: 28079130032004100564
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 1294/2002
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA
- RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA
- INADMISION DEL RECURSO

Resumen:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. IMPOSICIÓN DE CONDICIONES EN CONTRATOS CON EMPRESAS SUMINISTRADORAS DE CARBURANTES. TOTAL

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Diciembre de dos mil cuatro.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1.294/2.002, interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS ABANDERADAS DE **TOTAL** ESPAÑA, representada por el Procurador D. Luciano Rosch Nadal, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 11 de enero de 2.002 en el recurso contencioso-administrativo número 559/2.000, sobre sobreseimiento de expediente en materia de defensa de la competencia en relación con empresas suministradoras de carburantes (expte. 1325/95 del Servicio y 348/98 del Tribunal de Defensa de la Competencia).

Son partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, y **TOTAL** ESPAÑA, S.A., representada por el Procurador D. Francisco José Abajo Abril.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 11 de enero de 2.002, desestimatoria del recurso promovido por la Asociación de Empresas Abanderadas de **Total** España contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 23 de febrero de 2.000. Dicha resolución desestimaba el recurso interpuesto contra el acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 30 de noviembre de 1.998 de sobreseimiento del expediente 1325/95 del Servicio de Defensa de la Competencia, incoado en virtud de denuncia de la citada asociación contra la empresa **Total** España, S.A. por imposición de condiciones en contratos con empresas suministradoras de carburantes.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 12 de febrero de 2.002, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de la Asociación de Empresas Abanderadas de **Total** España compareció en forma en fecha 26 de marzo de 2.002, mediante escrito interponiendo recurso de casación, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia; - 2º, por infracción del artículo 1.1.c) de la citada Ley 16/1989, y

- 3º, por infracción del artículo 1.1.d) de la misma norma de Defensa de la Competencia.

Terminaba suplicando que se dicte sentencia casando al recurrida y declarando la existencia de acuerdos prohibidos, así como de abuso de posición dominante y por ende se ordene la cesación de dichas prácticas decretando la posibilidad de acceder al mercado libre por parte de las empresas asociadas, con eliminación de la cláusula de exclusividad de los contratos respecto de **Total** España S.A., con expresa imposición de costas a quien se opusiere al recurso.

El recurso de casación fue admitido por providencia de la Sala de fecha 2 de julio de 2.003.

CUARTO.- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación en el que, alegando previamente la causa de inadmisibilidad del recurso del artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, en relación con el 86.4 de la misma, suplicaba que se dicte sentencia por la que se desestime el recurso e imponga las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción.

Asimismo se ha opuesto al recurso de casación la también comparecida **Total** España, S.A., cuya representación procesal suplicaba en su escrito, previa alegación de la causa de inadmisión contemplada en el artículo 93.2 de la Ley procesal, que se dicte resolución en la que se inadmita el recurso formulado y, subsidiariamente, se desestime el mismo, en virtud de las alegaciones vertidas en el cuerpo de dicho escrito y de las vertidas en los sucesivos escritos que obran en el expediente administrativo.

QUINTO.- Por providencia de fecha 28 de septiembre de 2.004 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 14 de diciembre de 2.004, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Asociación recurrente impugna la Sentencia de 11 de enero de 2.002, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso que había entablado contra la decisión de archivo por parte de los órganos de defensa de la competencia de la denuncia formulada contra **Total** España, S.A., por supuestas actuaciones contrarias al derecho de la competencia. La citada denuncia fue archivada por resolución del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 30 de noviembre de 1.998, ratificada por el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia mediante resolución de 23 de febrero de 2.000.

El tribunal de instancia desestimó el recurso con apoyo en los siguientes argumentos:

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

A) Se afirma por la parte 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 regulada 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 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 sólo 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 si 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 codemanda 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." (fundamento de derecho tercero)

SEGUNDO.- El recurso de casación se articula mediante tres motivos, en los que se aduce la infracción de los *apartados 1.a), 1.c) y 1.d)*, respectivamente, del *artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*.

Antes de proceder a su examen debemos, sin embargo, examinar el cumplimiento de los requisitos procesales por parte de la Asociación recurrente, tanto por ser cuestión de orden público, como porque así lo exigen las alegaciones de las partes que se oponen al recurso de casación, que aducen defectos procesales que supondrían, en su caso, la inadmisión del recurso.

Pues bien, como vamos a ver, el recurso de casación presenta efectivamente defectos esenciales e insubsanables de carácter procesal que determinan su inadmisión, tanto en su escrito de preparación como en el de interposición.

En el escrito de preparación no se explicita el cumplimiento de los requisitos procesales requeridos para interponer un recurso de casación, como exige el *artículo 89.1 de la Ley de la Jurisdicción*, que estipula que deberá efectuarse una "sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos de forma exigidos". Así, la parte actora sólo menciona en dicho escrito el cumplimiento del plazo para interponer el recurso de casación, sin que se haga referencia alguna a la legitimación o a la recurribilidad de la sentencia impugnada de acuerdo con los términos del *artículo 86 de la Ley Jurisdiccional*. No es aplicable, en cambio, la causa de inadmisión que objeta la Abogacía del Estado de no haber justificado en el escrito de preparación la infracción de una norma estatal o de derecho comunitario que haya sido relevante y determinante del fallo, puesto que tal exigencia viene sólo referida a las sentencias de los Tribunales

Superiores de Justicia (*artículo 86.4 de la Ley de la Jurisdicción*), procediendo la sentencia impugnada de la Audiencia Nacional.

Ya el defecto señalado sería suficiente para determinar la inadmisión del presente recurso, según hemos reiterado en amplia jurisprudencia (por todas, Sentencia de 30 de marzo de 2.004 -R.C. 159/2.000 -). Pero es que además, el escrito de interposición tampoco resulta admisible y debería conllevar el rechazo a limine del recurso de casación.

Es verdad que no resulta aplicable la causa de inadmisión alegada por la parte codemandada de no haber hecho mención en el escrito de interposición de los motivos previstos en el *artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción*, según ordena el *artículo 92.1 del mismo cuerpo*. En efecto, ya hemos declarado que semejante omisión, que por si propia puede determinar la inadmisión del recurso, ha de entenderse subsanada cuando del tenor del escrito de interposición se deduce sin género de dudas el apartado legal al que se acoge cada motivo formulado por el recurrente (Sentencia de 23 de diciembre de 2.003 -R.C. 293/1.999 -). E, indiscutiblemente, tal es el caso en este supuesto, en el que de la lectura del escrito de interposición se obtiene la conclusión clara e indubitada de que se formulan motivos acogidos al *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción por infracción de ley*. Sin embargo, el recurso de casación debería en todo caso ser inadmitido por manifiesta falta de fundamento, en aplicación de lo dispuesto en el *artículo 95.1 en relación con el 95.2.d) de la Ley procesal*, ya que los tres motivos carecen de la más mínima base argumental que fundamente en que ha vulnerado la Sentencia recurrida los preceptos legales que se aducen. En efecto, los tres motivos se reducen a la mención de los tres apartados alegados del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia* y a la afirmación apodíctica de que la Sentencia recurrida los ha infringido por no reconocer que **Total** España, S.A., ha fijado los precios del mercado en colaboración con las "grandes del sector" (primer motivo), que las grandes empresas del sector han constituido un verdadero oligopolio en perjuicio del consumidor final (segundo motivo) y que el margen que les concede la empresa **Total** España, S.A., junto con la recomendación de precios, les impide competir con los empresarios libres del sector (tercer motivo). No hay argumentos jurídicos en el recurso de casación que justifiquen mínimamente tales aseveraciones.

Así pues, el recurso formulado por la Asociación de Empresas Abanderadas de **Total** España no permite valorar qué afirmaciones de las contenidas en la sentencia impugnada y que se han reproducido más arriba serían vulneradoras de los preceptos legales supuestamente infringidos, reproduciendo en esta instancia de casación una manifiesta carencia de justificación jurídica y fáctica que estuvo ya presente tanto en vía administrativa como en la instancia judicial. En suma, sin perjuicio de la relevancia que las cuestiones planteadas pudieran tener, el escrito de interposición no alcanza la mínima fundamentación necesaria para abordar su estudio, y menos en un recurso extraordinario encaminado precisamente a depurar la aplicación e interpretación del derecho por parte de las instancias judiciales previas. Todo ello debe determinar, al igual que los defectos del escrito de preparación, la inadmisión del presente recurso.

TERCERO.- De acuerdo con lo expuesto en el anterior fundamento de derecho, en aplicación de lo dispuesto en el *artículo 95.1, en relación con el artículo 93.2.a) y d), todos ellos de la Ley de la Jurisdicción*, debemos declarar no admisible el recurso de casación. En cuanto a las costas, procede su imposición a la parte actora en virtud de lo prevenido en el *artículo 139.2 del citado cuerpo legal*. 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

Que DECLARAMOS LA INADMISIBILIDAD del recurso de casación interpuesto por la Asociación de Empresas Abanderadas de **Total** España contra la sentencia de 11 de enero de 2.002 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 559/2.000. Con imposición de las costas 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. PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.