

Roj: STS 7157/2004
Id Cendoj: 28079130032004100462
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 5934/2001
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: FRANCISCO TRUJILLO MAMELY
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

SOBRESEIMIENTO DE EXPEDIENTE INSTRUIDO A UNION ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, S.A., POR POSIBLE CONDUCTA DE ABUSO DE POSICION DE DOMINIO, CONTRARIA AL ARTICULO 6º DE LA LEY 16/1989, DE 17 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Noviembre 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 5934 DE 2001 interpuesto por D. Benito , representado procesalmente por la Procuradora Doña MYRIAM ALVAREZ DEL VALLE LAVESQUE, contra la sentencia dictada el día 10 de julio de 2.001 por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 6ª), de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo número 675/1.998 , que declaró ajustada a derecho la Resolución de fecha 16 de enero de 1998 dictada en el Expediente 190/1.996 por el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia desestimatoria del recurso administrativo interpuesto contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de fecha 6 de febrero de 1.996 que había decidido el sobreseimiento del Expediente 1.125/1.99 instruido en virtud de denuncia formulada por el recurrente, por abuso de posición dominante, contraria al *artículo 6º de la Ley 16/1.989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia* , referida a la entidad Unión Española de Explosivos, S.A.-

En este recurso son partes recurridas, LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO, con la representación procesal que le es propia, y la entidad UNION ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, S.A., representada por el procurador D. FELIPE RAMOS CEA.-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de julio de 2001, la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 6ª) de la Audiencia Nacional dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: " FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Benito , contra el Acuerdo dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 16-I-98 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".-

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de casación D. Benito , a través de su Procuradora Sra. ALVAREZ DEL VALLE LAVESQUE, que lo formalizó por escrito en base a dos motivos. El primero, sin citar el precepto procesal en que lo amparaba, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías del procedimiento, habiéndosele producido indefensión, denunciando como infringidos los *artículos 60.3 y 61.1 y 2 de la Ley Jurisdiccional* ; y el segundo, al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , por considerar infringido, por inaplicación o aplicación errónea, del *artículo 6, párrafos b) y c), de la Ley de Defensa de la Competencia* . Terminó suplicando a la Sala que se dictase sentencia estimándolo, y casando y anulando la recurrida, se ordenase, sin entrar en el fondo del asunto, reponer las actuaciones judiciales al momento previo al recibimiento a

prueba del proceso, acordándose la proposición y practica de la prueba que propuso en su día, o bien, si se estimase que existía prueba suficiente para estimar el recurso, se declarase no ajustada a derecho la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia impugnada y en consecuencia, que la conducta de la entidad Unión Española de Explosivos, S.A., es constitutiva de infracción prevista en la Ley de Defensa de la Competencia, imponiéndole la sanción oportuna y lo demás procedente en derecho.-

TERCERO.- La ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO, y en su nombre el Sr. ABOGADO DEL ESTADO, y la entidad UNION ESPAÑOLA DE EXPLOSIVOS, S.A., en los escritos correspondientes, formularon su oposición a los motivos de casación, y finalmente suplicaron a la Sala que en su día se dictase sentencia desestimatoria del recurso interpuesto, confirmando íntegramente la recurrida e imponiendo las costas a la recurrente.-

CUARTO.- Mediante providencia de fecha 15 de junio de 2004, se acordó señalar para deliberación y fallo de este recurso el día 26 de octubre siguiente, en que han tenido lugar dichos actos procesales.-

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de este recurso de casación la sentencia dictada con fecha 10 de Julio de 2.001, por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª, de la Audiencia Nacional, desestimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto por el hoy recurrente en casación contra la Resolución dictada en el Expediente 190/1.996, con fecha 16 de Enero de 1.998, por el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia que, a su vez, había desestimado el recurso administrativo interpuesto contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de fecha 6 de Febrero de 1.996, que había decidido el sobreseimiento del Expediente 1.125/1.99 instruido en virtud de denuncia formulada por la recurrente - propietario de un depósito de explosivos en Villablino (León) - por abuso de posición dominante, contraria al artículo 6º de la Ley 16/1.989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, por la realización por parte de la denunciada - ahora recurrida en casación, Unión Española de Explosivos, S.A.- de las siguientes conductas: a), modificación de las condiciones de pago sin previo aviso; b), desatención de los pedidos; c), la modificación de los mismos y su cumplimentación de forma defectuosa, y d), la realización de ofertas más ventajosas que las suyas a los clientes.

La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia establecía que, aunque en el expediente no se había delimitado el mercado relevante y, por consiguiente no se había definido la posición de dominio: " 3. Pero, aún admitiendo la existencia de posición dominante por parte de Unión Española de Explosivos, de los datos obrantes en el expediente se desprende que la negativa de suministro y el cambio de las condiciones de pago tenían justificación. 3.1. En efecto, el cambio aplicado por Unión Española de Explosivos en las condiciones de pago con respecto al recurrente se justifica por el deterioro de las relaciones comerciales entre ambos, el cual alcanza su punto culminante en mayo de 1994, cuando se aportan unos efectos comerciales válidos como medio de pago. Este hecho no fue desmentido por D. Benito cuando, en el curso de la instrucción, se le preguntó al respecto, aunque posteriormente ha tratado de dar una explicación que no sólo no resulta convincente sino también contradicha por otros testimonios obrantes en el expediente. 3.2. Asimismo también resulta plausible la explicación dada por Unión Española de Explosivos de que los pedidos realizados los días 17 y 22 de junio de 1994 se sirvieron de forma incompleta porque el período que medió entre la fecha de los pedidos y los suministros fue de uno y dos días, respectivamente. 3.3. Por último, la falta de suministro relativa a los días 11, 15 y 22 de junio se debe, como ya se ha indicado en otro lugar, a la cancelación de las guías de circulación necesarias para el transporte de sustancias explosivas la cual se produjo, en un caso, por razones de fuerza mayor y, en los otros, por causas imputables al recurrente. 4. Finalmente, por lo que se refiere a la denuncia del Sr. Alvarez de que Unión Española de Explosivos nombró a otro distribuidor en la zona y realizó ofertas más ventajosas a sus clientes, hay que decir que dicho empresario nunca fue distribuidor exclusivo, por lo que no puede imputarse a Unión Española de Explosivos ningún comportamiento ilícito desde el punto de vista administrativo en relación con ese tema".

La sentencia de instancia razonó, para desestimar el recurso del siguiente modo:

[...] " El servicio de Defensa de la Competencia, partiendo de la premisa de que la hoy codemandada ostentaba posición de dominio en el mercado de explosivos, analizó el posible abuso de tal posición, desestimándolo al entender que la exigencia por parte de U.E.E. al actor de abono en efectivo, mediante cheque bancario o cheque conformado de los suministros estaba plenamente justificado por las dificultades en el cobro de anteriores sumas debidas. Y que los incumplimientos relativos a los suministros se encuentran plenamente justificados por distintas causas expuestas en el Acuerdo de 16-X-96.

Por su parte el Tribunal de Defensa de la Competencia considera que el punto de partida del SDC es

erróneo porque " en el expediente no se ha delimitado el mercado relevante y de la investigación realizada se desprende que el Sr. Benito disponía de fuentes alternativas de suministro y acudió a ellas ". Pero que en todo caso, tanto la negativa de suministro como la alteración de las condiciones de pago tenían justificación".

[...] " El recurrente sostiene que como consecuencia de su negativa a vender o a alquilar su negocio a la codemandada, esta inició comportamientos abusivos que sustancialmente coinciden con los descritos ante las autoridades administrativas de la Competencia.

En cuanto a la posición de dominio de la codemandada, la Sala estima que la misma no ha quedado suficientemente definida ni investigada en cuanto a que la mera existencia de otros proveedores de explosivos no es suficiente para descartarla, pero tampoco el denunciante especifica en sus escritos otra dificultad del suministro desde fuentes alternativas que el hecho de que los productos de la competencia eran nuevos y su manejo desconocido por sus clientes. En este concreto extremo, no se ha justificado ni por el Servicio su conclusión de que existe posición de dominio, ni por el TDC su conclusión de que no existe.

Respecto del abuso de dicha posición de dominio no definida, aún dándola por acreditada (punto de partida del razonamiento del SDC) , esta Sala considera que todos y cada uno de los obstáculos descritos en el expediente y en los escritos de demanda y contestación a la demanda, surgidos en 1.994 en la relación comercial entre las partes constituyen diferencias en la interpretación del contrato o los contratos de suministro pactados por los hoy litigantes cuyas consecuencias corresponde resolver a la jurisdicción civil. En el marco de la Ley de Defensa de la Competencia, es preciso demostrar que se ha producido alguna o algunas de las conductas descritas en el artículo 6 como constitutivas de " abuso ", incluyéndose la expresión " injustificado " en las tipificadas en las letras b) y c) o " no equitativo ", letra a), y en todos los casos se describen conductas sin justificación, como límite a la realización de las mismas. De la prueba realizada en las actuaciones no resulta acreditado que las modificaciones en las condiciones de pago y suministro excedan de los límites de esa justificación por las divergencias en la relación contractual entre las partes, lo que impide su consideración como prácticas abusivas.

Las consideraciones vertidas y resumidas más arriba que realizó el TDC en la resolución impugnada no han sido rebatidas por la recurrente: considera que hay una desproporción en las consecuencias que sus problemas en el pago o en la realización con antelación suficiente de lo pedido tuvieron en el suministro. Con independencia de cual sea la valoración que a efectos civiles pudiera realizarse de la relación entre la actuación de U.E.E. y los motivos que la empresa actora dio para la misma, no se aprecia una actuación abusiva en las concretas consecuencias que la codemandada llevó a la relación contractual litigiosa (medios y plazos de pago, forma y plazo de solicitud de pedidos, etc.) constitutiva de una infracción del artículo 6 de la L.D.C .

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado por ser conforme a derecho " .

SEGUNDO.- Disconforme con la sentencia de instancia se interpone por el denunciante en el procedimiento administrativo y recurrente en la instancia, este recurso de casación cuyo primer motivo lo articula, sin cita expresa del precepto procesal en que lo ampara, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías del procedimiento, habiéndosele producido indefensión, denunciando como infringidos los artículos 60.3 y 61.1 y 2 de la Ley Jurisdiccional. La defensa de la Administración aduce su inadmisibilidad porque la parte recurrente no cumple con la exigencia de identificar, de entre los legalmente previstos, el motivo concreto en el que se incardina la supuesta infracción de los preceptos que alega; inadmisibilidad que, entiende, resulta preceptiva de acuerdo con la reiterada doctrina de ésta Sala.

No obstante, tal alegación no puede ser admitida teniendo en cuenta que, a partir de la sentencia de 23 de Diciembre de 2.003, R.C. 193/1.999 , esta Sala ha operado un cambio jurisprudencial en su anterior doctrina y hemos establecido que " el recurso de interposición está correctamente formulado y respeta la exigencia legal de expresar razonadamente el motivo de casación en aquellos supuestos en los que, pese a omitirse la cita literal del apartado correspondiente del artículo 88.1, del tenor de la redacción del escrito de interposición se deduzca de forma evidente y sin género de dudas a qué motivo o motivos legales se acoge el recurrente para articular el recurso de casación " .

Parece obvio a la vista de lo que antecede que pese a omitirse la cita del apartado del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional , e incluso de éste mismo, nos encontramos en el supuesto a que esa sentencia se refiere.

TERCERO.- Aún cuando ello no tenga transcendencia en orden a la respuesta que ha de darse al motivo articulado, sí hemos de señalar que los infringidos, en cualquier caso, no serían los preceptos que señala el recurrente, sino los *artículos 74.1 y 75.1 y 2 de la Ley Jurisdiccional de 1.956*, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de la *Ley 29/1.998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, por cuanto el recurso contencioso-administrativo se interpuso en 28 de Marzo de 1.998.

Hecha esta aclaración, el motivo de casación consistente en el quebrantamiento de formas esenciales del procedimiento, por infracción de las que rigen los actos y garantías procesales, completa su disciplina procesal, por un lado, en el inciso final del apartado c) del citado artículo 88.1, cuando añade "siempre que en este último caso se haya producido indefensión" y, por otro, en el apartado 2 del indicado precepto, según el cual "la infracción de las normas relativas a los actos y garantías procesales que producen indefensión solo podrá alegarse cuando se haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia de existir momento procesal oportuno para ello".

La *Ley Jurisdiccional de 1.956 establecía en su artículo 74.2*, que la solicitud de recibimiento a prueba del proceso no sería admisible si no expresaba los puntos de hecho sobre los cuales habría de versar la prueba (requisito que, por lo demás, se mantiene en términos semejantes en el último inciso del *artículo 60.1 de la nueva Ley Jurisdiccional de 1.998*). Y ese precepto fue el aplicado por el Tribunal de Instancia para denegar en el Auto de 20 de Marzo de 2.000 el recibimiento a prueba del proceso, al no haber expresado la parte recurrente en el otrosí del escrito de demanda los puntos de hecho concretos sobre los que habría de versar la prueba, pues se limitó a expresar que ésta debería versar "sobre los hechos que se han relacionado en el cuerpo del presente escrito" y dada la profusión de los alegados era difícil la acotación de aquellos que pretendía probar el recurrente que, aún hoy, en el escrito de formalización del recurso de casación ni siquiera llega a precisar. Como se aquietó con aquel Auto y no pidió la subsanación de la falta o transgresión que, en su caso, la Sala hubiese podido cometer - aún cuando ha de indicarse que la actuación de la Sala fue conforme a derecho, al ajustar su Resolución a los términos de la norma, vide sentencias de ésta Sala de 31 de Mayo y 22 de Julio de 1.986, 2 de Julio de 1.993, 15 de Julio de 1.994, entre otras -, no se cumplió el segundo de los requisitos exigidos para que pueda prosperar el motivo, ni puede decirse que se produjera indefensión cuando ésta en cualquier caso devendría de su propia actuación, al no precisar aquellos hechos que era la única forma de conocer la concurrencia de los demás requisitos, esto es, si existía disconformidad en ellos o si eran de transcendencia para la resolución del asunto.

Y basta la simple lectura tanto de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de Enero de 1.998 como de la sentencia de instancia - que a los efectos que interesan hemos dejado transcritas -, para que pueda concluirse que, aunque pudiera existir discrepancia en relación con la existencia o no de una posición de dominio por parte de Unión Española de Explosivos, la determinación de este hecho, que tampoco sabemos, como ya hemos expresado antes, si era el que quería probar la parte, no era en absoluto precisa para la resolución del proceso, puesto que tal y como han establecido aquella Resolución y la sentencia, constase o no la posición de dominio, las conductas denunciadas no podían en ningún caso calificarse de abusivas, por lo que aún en aquel supuesto, no se habría cometido en ninguno de los casos la infracción del *artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia*, como con acierto sostiene la parte recurrida.

A lo anterior en nada obsta la alegación del recurrente de que en este orden jurisdiccional rige el principio de prueba de oficio, argumento que extrae de lo dispuesto en el *artículo 75.1 y 2 de la Ley Jurisdiccional de 1.956* - aunque los refiera erróneamente, como hemos dicho al *artículo 61.1 y 2 de la Ley Jurisdiccional de 1.998*, que se pronuncia también de manera semejante a aquel - cuando prescribía, en el primero de los apartados, que: "El Tribunal podrá también acordar, de oficio, el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto" y, en el segundo, que: "Concluida la fase probatoria, el Tribunal podrá también acordar, antes o después de la vista o señalamiento para fallo, la práctica de cualquier diligencia de prueba que estimare procedente". Ahora bien, que exista una mayor amplitud en el ámbito probatorio no supone que rija el principio de prueba de oficio, pues de ser así la Ley no emplearía el término "podrá", que indica una facultad y no una obligación.

Por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- El segundo motivo de casación se articula al amparo del *apartado d)*, del *artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional*, por considerar infringido, por inaplicación o errónea aplicación, el *artículo 6, párrafos b) y c)*, de la *Ley de Defensa de la Competencia*, si bien de inmediato añade que también se ha cometido una infracción de los *artículos 6.2.b) y 1.d)*, de la *propia Ley*.

La improcedencia de la denuncia de infracción por la sentencia de instancia del *artículo 1.d), de la Ley de Defensa de la Competencia* es manifiesta en cuanto ni a ese precepto se había hecho alusión anteriormente ni la sentencia lo tiene en cuenta, porque ninguna de las conductas denunciadas suponía acuerdo alguno o práctica concertada que tuviese por objeto, produzcan o pudieran producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia y más concretamente de la aplicación de condiciones iguales a prestaciones equivalentes, que es a lo que se refiere el citado apartado, sin que tales prácticas hubiesen sido en momento alguno objeto ni del procedimiento administrativo ni del jurisdiccional del que trae causa este recurso de casación.

Por lo demás, puede afirmarse que este motivo de casación limitado ya a la infracción del *artículo 6.2.b) y c), de la Ley 16/1.989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia*, aunque quizás más que al apartado b), se refiera al apartado a), ("El abuso podrá consistir, en particular en: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativas". c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o prestación de servicios"), carece manifiestamente de fundamento. En efecto, todo el motivo, que reproduce literalmente la demanda y las alegaciones hechas en la vía administrativa, no parece pretender otra cosa que hacer supuesto de la cuestión y va encaminado a poner en entredicho la valoración de la prueba que ha hecho la sentencia de instancia, referida a la no apreciación de la existencia de una conducta expresiva de abuso de posición dominante, pretendiendo reproducir el debate jurisdiccional que ha cerrado la sentencia.

Olvida, con ello, el recurrente cual es la naturaleza propia del recurso de casación que, sabido es, que no es el examen de nuevo, sin limitación alguna, de la totalidad de los aspectos fácticos y jurídicos de la cuestión o cuestiones litigiosas, sino el más limitado de enjuiciar, en la medida en que se denuncien a través de los motivos de casación que la Ley autoriza, las hipotéticas infracciones jurídicas en que haya podido incurrir el órgano judicial " a quo ", bien sea " in iudicando ", esto es, al aplicar el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia al resolver aquellas cuestiones, bien sea " in procedendo ", es decir, quebrantando normas procesales que hubieran debido ser observadas.

Por ello, con independencia de que la sentencia de instancia comenzara afirmando que la posición de dominio, esto es, el poder de mercado, no había quedado definida - aunque que no existiera posición de dominio como sostuvo la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, no la combatió en la instancia el recurrente, que sólo se refirió a ella en su escrito de conclusiones, tras haberlo advertido la defensa de la Administración -, prosigue que, aunque se diera por acreditada, las conductas denunciadas estaban perfectamente justificadas, por no exceder las modificaciones en las condiciones de pago y suministro de los límites de la justificación a que se refieren las conductas tipificadas en el artículo 6 citado, y ello tras examinar todo lo actuado en vía administrativa (por cierto que el recurrente que, en el primer motivo, denunció el quebrantamiento de las normas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, al no haberse recibido el proceso a prueba, en éste segundo motivo sostiene que existe en el expediente administrativo prueba documental suficiente para entender que la denunciada cometió las conductas denunciadas, lo que no deja de ser contradictorio). Frente a ello el recurrente se limita a argumentar reiteradamente que sí se ha acreditado la existencia de conductas constitutivas de aquellos preceptos - "se considere que existe prueba suficiente para estimar el presente recurso", es la expresión que emplea en el Suplico del escrito de interposición -, pretendiendo sustituir sin más la valoración que de la prueba hizo la Sala por la suya propia, lo que resulta excluido del ámbito casacional, con matizaciones que no son ahora del caso.

También, por tanto, este segundo motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- En consecuencia, al decaer los motivos de casación articulados el recurso ha de ser desestimado, lo que debe comportar por aplicación de lo dispuesto en el *artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional* la imposición de las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, al no aparecer causa alguna que justifique su no imposición.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

No haber lugar y, por tanto, desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Benito, contra la sentencia dictada con fecha 10 de Julio de 2.001, por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo número 675/1.998; con expresa imposición de las costas de éste recurso de

casación 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 . PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Francisco Trujillo Mamely, todo lo cual yo, el Secretario, certifico.