

Id Cendoj: 28079130032003100456
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 10673/1998
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: SEGUNDO MENENDEZ PEREZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- HIDROCARBUROS
- ESTACIONES DE SERVICIO
- DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Resumen:

Derecho de la competencia. Archivo de expediente sancionador. Anulación. Continuación de investigaciones.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Julio de dos mil tres.

VISTO por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto por **REPSOL** COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., representada por el Procurador Sr. Vila Rodríguez, BP OIL ESPAÑA, S.A., representada por la Procuradora Sra. Rodríguez Herranz, la COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETROLEOS, S.A. (CEPSA), representada por la Procuradora Sra. De las Alas-Pumariño Larrañaga, y la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, con la representación que le es propia, contra sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 28 de mayo de 1998, sobre prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal.

Se han personado en este recurso, como partes recurridas, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, con la representación que le es propia, la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO, representada por el Procurador Sr. Aragón Martín, y BP OIL ESPAÑA, S.A., representada por la Procuradora Sra. Rodríguez Herranz,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo número 51/96 la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 28 de mayo de 1998, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: ESTIMAR el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO, anulando el Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de Noviembre de 1.995, ordenando el desarchivo de la denuncia origen del expediente r118/95 y el cumplimiento de esta sentencia en sus propios términos. Sin expresa imposición de costas".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia ha interpuesto recurso de casación la representación procesal de **REPSOL** COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., formalizándolo en base a los siguientes motivos de casación:

Primero.- Al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley de la Jurisdicción, por infracción del artículo 40 a), en relación con el 82 c), ambos de la Ley de la Jurisdicción, y con el artículo 32 de la Ley 30/1992.

Segundo.- Al amparo del artículo 95.1.1º y 4º de la Ley de la Jurisdicción, por infracción del artículo

82 a), y g), en relación con los artículos 41 y 42, todos de la Ley de la Jurisdicción, y exceso de jurisdicción.

Tercero.- Al amparo del artículo 95.1.3º, primer inciso, y 4º de la Ley de la Jurisdicción, por incurrir la sentencia en incongruencia extra petita con la demanda, en infracción del artículo 80, ambos de la vigente Ley de la Jurisdicción.

Cuarto.- Subsidiario a los anteriores, Al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley de la Jurisdicción, por infracción del artículo 36, en relación con el 6 y el 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Y termina suplicando a la Sala que "...dicte sentencia definitiva por la que, estimando el recurso, se case y anule la Sentencia impugnada y se resuelva la declaración de inadmisibilidad del recurso contencioso- administrativo o, subsidiariamente, su desestimación por ser el acto impugnado conforme a Derecho".

TERCERO.- También ha interpuesto recurso de casación la representación procesal de BP OIL ESPAÑA, S.A., formalizándolo en base a los siguientes motivos de casación:

Primero.- Al amparo del artículo 95.1.3º de la Ley de la Jurisdicción, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia; se considera infringido el artículo 43.1º de la Ley de la Jurisdicción, en relación con el 41 de la misma Ley.

Segundo.- Al amparo del artículo 95.1.3º de la Ley de la Jurisdicción, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, al haberse causado indefensión a mi representada.

Tercero.- Al amparo del artículo 95.1.1º de la Ley de la Jurisdicción, por exceso en el ejercicio de la jurisdicción, en relación con el artículo 84 a) de esa misma Ley.

Cuarto.- Al amparo del artículo 95.1.1º de la Ley de la Jurisdicción, por exceso en el ejercicio de la jurisdicción por incompetencia en los órganos de la Administración y, en consecuencia, de la jurisdicción contencioso- administrativa, para entender de lo que es objeto de litigio. Se considera infringido el artículo 2 a) y 5.1) y 2) de la Ley de la Jurisdicción, en relación con el artículo 533, regla 1ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria.

Quinto.- Al amparo del artículo 95.1.1º de la Ley de la Jurisdicción, por exceso en el ejercicio de la jurisdicción, por infracción del artículo 22 de la Ley de Competencia Desleal.

Sexto.- Al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley de la Jurisdicción, por infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Séptimo.- Al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley de la Jurisdicción, por infracción del artículo 129.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el artículo 13, párrafo 1, letra b) del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

Y termina suplicando a la Sala que "...dicte en su día sentencia por la que, estimando íntegramente el mismo, anule y deje sin efecto la sentencia recurrida, y dictando otra más acorde a Derecho, de acuerdo con el suplico de la contestación a la demanda Contencioso Administrativa de mi representada".

CUARTO.- Igualmente ha interpuesto recurso de casación la representación procesal de la COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETROLEOS, S.A. (CEPSA) formalizándolo en base a los siguientes motivos de casación:

Primero.- Al amparo del artículo 95.1.3º de la Ley de la Jurisdicción, por infracción del artículo 359.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 41 y 43.1º de la Ley de la Jurisdicción.

Segundo.- Al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley de la Jurisdicción, por infracción del artículo 1 de la propia Ley.

Y termina suplicando a la Sala que "...dicte sentencia por la que, estimando el recurso de casación, case, anule y revoque la recurrida confirmando en su integridad la resolución del Tribunal de Defensa de la

Competencia de 22 de noviembre de 1995 que confirmó el archivo de la denuncia presentada contra mi representada por la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio".

QUINTO.- El Abogado del Estado, en la representación que ostenta, interpuso recurso de casación, formalizándolo en base a un único motivo de casación, al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley de la Jurisdicción, por infracción del artículo 37.4 y concordantes de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional que cita.

Y suplica a la Sala en su escrito que "...dicte sentencia por la que, estimando este recurso, case y anule la sentencia recurrida, y dicte en su lugar otra más conforme a Derecho, por la que sea declarada la conformidad a Derecho del Acuerdo del TDC que la misma dejó sin efecto".

En su posición de recurrido, el Abogado del Estado se opuso al recurso de casación interpuesto y suplica a la Sala que dicte sentencia que lo desestime e imponga las costas causadas a la parte recurrente.

SEXTO.- La representación procesal de la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO se opuso igualmente al recurso de casación interpuesto y suplica a la Sala en su escrito que "...se sirva dictar sentencia por la que: 1º.- Se declare inadmisibile el recurso por los motivos de inadmisibilidad alegados con carácter previo. 2º.- Subsidiariamente, declare no haber lugar al recurso y se confirme la sentencia. 3º.- Y, en todo caso, imponga las costas a los recurrentes".

SEPTIMO.- Mediante Providencia de fecha 24 de marzo de 2003 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 25 de junio del mismo año, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia ahora recurrida en casación contiene un doble pronunciamiento:

1) Anula el acuerdo del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 22 de noviembre de 1995, dictado en el expediente número 118/95, que desestimó el recurso interpuesto por la "Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio" contra el acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 31 de marzo del mismo año, en el que se había decretado el archivo de una denuncia presentada por dicha Confederación contra las empresas " **REPSOL** ", "B.P. España" y "CEPSA", por la supuesta realización de prácticas restrictivas de la competencia y de competencia desleal consistentes en otorgar a los distribuidores y a los titulares de instalaciones fijas mejores condiciones económicas que las que conceden a las estaciones de servicio con las que las citadas empresas tienen suscritos contratos de compra exclusiva de producto. Y

2) Ordena continuar la instrucción, realizando nuevas investigaciones encaminadas a determinar con la mayor exactitud posible si son ciertos o no los hechos contenidos en la denuncia y si son o no constitutivos de infracciones administrativas de las tipificadas en la Ley de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO.- Es oportuno resaltar, ya de entrada, que aquel acuerdo de 22 de noviembre de 1995 tiene por cierto:

a) Que los márgenes o comisiones otorgados por los operadores petrolíferos a los distribuidores (esto es, a los que llevan a cabo la distribución al por mayor de carburantes y combustibles petrolíferos, entendiéndose por distribución al por mayor aquella que no supone suministro a un consumidor o usuario final del producto distribuido -artículo 6 de la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de Ordenación del Sector Petrolero-) y a las instalaciones fijas (esto es, la distribución al por menor, en la que el consumidor o usuario final no puede proceder a la venta al público de los productos suministrados -artículo 7 de dicha Ley-) son superiores a los concedidos a las estaciones de servicio (esto es, distribución al por menor en instalaciones de venta al público -artículo 8-) con contrato de compra en exclusiva (esto es, con contrato en el que el titular de la estación se compromete a suministrarse en exclusiva de un determinado operador petrolífero durante un número de años). Así se afirma en el fundamento de derecho número 2, in fine, de aquel acuerdo. Y

b) Que la distribución al por mayor, la distribución a instalaciones fijas y la venta al por menor en estaciones de servicio son canales comerciales que compiten entre sí, puesto que todos luchan en el mercado para captar a clientes tales como comunidades de propietarios de viviendas, instalaciones docentes o sanitarias, flotas de autobuses o camiones, etc. Así se afirma en el fundamento de derecho

número 4 del repetido acuerdo.

TERCERO.- La sentencia recurrida resalta también el dato y la consideración a los que acabamos de hacer referencia y afirma, tras ello, que precisan de un desarrollo probatorio más esmerado. Afirmación que este Tribunal comparte, no tanto en cuanto a la totalidad de los extremos o particulares que la Sala de instancia señala a continuación como necesitados de una mayor investigación (algunos de ellos innecesarios, en efecto), pero sí en cuanto a la necesidad de ésta, pues, sin ánimo de ser exhaustivo (imposible, además, en este momento), sí parece necesario concretar con mayor precisión (1) cual sea el mercado relevante, (2) cual es la posición en él, dominante o no, de las empresas denunciadas, (3) cual es el efecto que la conducta de éstas produce en las empresas ligadas a ellas por contratos de compra en exclusiva, (4) cual es el que produce sobre la competencia en aquel mercado, (5) cual el que produce sobre los consumidores, (6) cuales sean las circunstancias económicas, detalladas y analizadas en lo necesario, de las que quepa deducir si aquella conducta está o no justificada, (7) cual es la incidencia en aquel mercado, en aquella posición y en los efectos citados de la entrada en el mercado nacional de nuevos operadores petrolíferos extranjeros, (8) cual es la incidencia en todo ello del modo en que se esté desarrollando el cumplimiento del contenido obligacional de aquellos contratos de compra en exclusiva, etc., etc.

Es así, porque una precisión mayor en esos extremos permitirá decidir con fundamento si la conducta imputada -además de otras posibles calificaciones o valoraciones jurídicas- se subsume o no en la prohibición del abuso de posición de dominio, pues ha de recordarse: a) que con tal prohibición se protegen, tanto los intereses económicos -concurrentiales o extraconcurrentiales- de los clientes, proveedores y consumidores en general, como los intereses de los competidores; de suerte que vela, tanto por la salvaguarda de la competencia residual o potencial, como, también, por la defensa directa de consumidores, clientes y proveedores ante conductas que, aunque no afecten a la estructura competitiva, producen resultados lesivos con amparo en la falta o en la insuficiencia de una competencia efectiva; b) que son abusivas las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico; c) que esa carencia de justificación podrá ser vista allí donde el ejercicio por la empresa dominante de su especial libertad económica deje de acomodarse, sin razón reconocible como tal, al que llevaría a cabo en una situación de competencia efectiva; y d) en fin, que sobre las empresas en posición de dominio pesa una especial responsabilidad y un deber de mayor diligencia que los que son predicables del empresario sujeto al control natural de una competencia suficiente, debido al especial perjuicio que pueden causar sus actividades a la competencia en general y al interés de sus competidores, suministradores, clientes y consumidores, en particular.

CUARTO.- Al entender la Sala de instancia que las pruebas obrantes en el expediente administrativo eran insuficientes para decretar el archivo, adoptando por ello los pronunciamientos que se contienen en la sentencia recurrida, no hizo sino un juicio de legalidad de una decisión que, cual la de archivo de un procedimiento sancionador, debe descansar, para ser conforme con el ordenamiento jurídico, en el análisis de todos los datos y circunstancias que, siendo posible conocer, permitan tener por no realizada o no acreditada la conducta infractora objeto de investigación. No se excedió, por tanto, en el ejercicio de la función revisora que es propia de este orden jurisdiccional; ni desconoció una supuesta potestad discrecional de orden técnico hipotéticamente atribuida a la Administración, pues tal potestad es inexistente cuando se trata de decidir si una conducta se subsume o no en un tipo infractor; ni, en fin, infringió el artículo 37.4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, pues no niega ni desconoce que el Servicio pueda, cuando proceda, sobreseer un expediente como el de autos. Debemos, pues, desestimar el único de los motivos de casación aducidos por la representación procesal de la Administración del Estado.

QUINTO.- Tampoco podemos acoger ninguno de los motivos aducidos por la de la mercantil

REPSOL :

A) El primero, porque si el recurso administrativo interpuesto ante el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia no lo fue con el acuerdo previo del órgano de la Confederación competente para decidir tal interposición, aquél hubiera debido conceder un plazo para la subsanación del defecto, tal y como se dispone en el artículo 32.4 de la Ley 30/1992, de suerte que, en ausencia de ese trámite, ni procedía declarar inadmisibles aquellos recursos (como no lo hizo, en efecto, el Tribunal de Defensa de la Competencia, cuyo acuerdo de desestimación, no de inadmisión, no fue impugnado por aquella mercantil); ni procedía, por ende, tener por firme y consentido el acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de fecha 31 de marzo de 1995; ni concurría, en fin, la causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo que preveía el artículo 82 c), en relación con el 40 a), de la anterior Ley de la Jurisdicción.

B) El segundo, porque la Sala de instancia interpretó con acierto que la pretensión anulatoria del acuerdo impugnado había de entenderse implícita en la acción ejercitada; y porque pertenece al ámbito propio de este orden jurisdiccional, y no al del orden jurisdiccional civil, determinar si las conductas imputadas constituyen o no infracciones administrativas, que es, precisamente, para lo que la Sala de instancia (fundamento de derecho tercero, in fine, de su sentencia) considera necesaria una mayor actividad probatoria o de investigación.

C) El tercero, porque ejercitada la pretensión anulatoria, tal y como con acierto entendió la Sala de instancia, los pronunciamientos de su sentencia dan menos de lo pedido, pero no cosa distinta, y no incurrir, por tanto, en el vicio de incongruencia extra petita. Y

D) El cuarto y último, porque con independencia del mayor o menor acierto de los argumentos empleados por la Sala de instancia para justificar su conclusión de la necesidad de una mayor investigación, ésta es oportuna, según hemos razonado con anterioridad. El dato y la consideración que resaltamos en el fundamento de derecho segundo de esta sentencia llenan, por sí mismos, la exigencia del indicio racional que pide el artículo 36 de la Ley 16/1989 para proceder a la incoación del expediente, pues a partir de uno y otra, y dependiendo de lo que llegue a establecerse sobre las circunstancias que, sin ánimo exhaustivo, hemos indicado en el fundamento de derecho tercero, cabe, como hipótesis no descartable, que pueda llegar a apreciarse la realidad de una conducta de las que prohíbe el artículo 6 de dicha Ley.

SEXTO.- La misma suerte deben correr los motivos de casación aducidos por la representación procesal de la mercantil BP OIL ESPAÑA, S.A.:

A) El primero, así como el segundo, por lo ya razonado en orden al acierto de considerar deducida la pretensión anulatoria y en orden a que la sentencia recurrida otorga menos pero no cosa distinta a lo pedido. Lo cual, lógicamente, no puede ser causa u origen de una situación de indefensión real para las partes demandadas en el proceso.

B) El tercero, porque los órganos de esta jurisdicción no rebasan la función revisora que les es propia cuando, anulando una decisión de archivo de un procedimiento sancionador, indican al órgano administrativo cual o cuales son los datos, circunstancias o aspectos sobre los que también ha de versar la instrucción de dicho procedimiento.

C) El cuarto, por lo ya dicho acerca de que pertenece al ámbito propio de este orden jurisdiccional el control de una decisión administrativa cuyo objeto debe ser el de determinar el alcance y circunstancias de las conductas imputadas a los efectos, precisamente, de calificar si constituyen o no infracciones administrativas. Pertenencia que no desaparece por la circunstancia de que para alcanzar esa calificación hubiera de valorarse, tal vez, el contenido de ciertos contratos civiles, el desenvolvimiento de las obligaciones pactadas y su incidencia en los bienes jurídicos tutelados por las normas tipificadoras de aquellas infracciones. Máxime si, como es sabido, la conducta constitutiva de abuso de posición de dominio no queda excluida de modo necesario por el sólo hecho de su acomodación a pactos precedentes.

D) El quinto, porque es prematuro, en tanto no llegue a precisarse si las conductas imputadas han afectado o no, y en que medida, a la estructura competitiva del mercado, descartar que puedan llegar a subsumirse en las previsiones del artículo 7 de la Ley 16/1989.

E) El sexto, porque lo que ha de ser objeto de investigación no queda ceñido a la existencia o inexistencia de prácticas colusorias, sobre las que el acuerdo impugnado ya dice que no hay pruebas ni indicios. Y

F) El séptimo y último, porque ni la garantía material del principio de legalidad, ni la proscripción de las situaciones de indefensión, obligan a la plena identificación de los "tipos" hipotéticamente infringidos cuando aun ha de investigarse si la conducta es o no "típica".

SÉPTIMO.- E igualmente hemos de desestimar los motivos que esgrime la representación procesal de la mercantil CEPESA:

A) El primero, por lo repetido acerca del acierto con que la Sala de instancia tuvo por deducida la pretensión anulatoria del acuerdo impugnado en el proceso; y porque el pronunciamiento que ordena proseguir la instrucción equivale, como también hemos repetido, a otorgar menos pero no cosa distinta de lo pedido. Y

B) El segundo, por lo que ya hemos expuesto sobre la pertinencia de proseguir la investigación.

OCTAVO.- De conformidad con lo que disponía el artículo 102.3 de la anterior Ley de la Jurisdicción, cada parte recurrente habrá de satisfacer las costas derivadas de su respectivo recurso de casación.

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 HA LUGAR a los recursos de casación que las representaciones procesales de la Administración del Estado y de las mercantiles " **Repsol** Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.", "BP Oil España, S.A." y "Compañía Española de Petróleos, S.A." interponen contra la sentencia que con fecha 28 de mayo de 1998 dictó la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 51 de 1996. Con imposición a cada parte recurrente de las costas derivadas de su respectivo recurso de casación.

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 . Fernando Ledesma Bartret.- Óscar González González.- Segundo Menéndez Pérez.- Manuel Campos Sánchez Bordona.- Francisco Trujillo Mamely.- Fernando Cid Fontán. Firmado. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez, todo lo cual yo, el Secretario, certifico.