

Id. Cendoj: 28079130032009100061
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 03/03/2009
Nº de Recurso: 3779/2006
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

defensa de la competencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de marzo de dos mil nueve

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 3779/2006 interpuesto por "ALTADIS, S.A.", representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, contra la sentencia dictada con fecha 3 de mayo de 2006 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 612/2003, sobre defensa de la competencia; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, y "McLANE ESPAÑA, S.A." (actualmente "CONWAY, S.A."), representada por el Procurador D. Cesáreo Hidalgo Senen.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Altadis, S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 612/2003 contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la solicitud formulada el 28 de febrero de 2003 al Tribunal de Defensa de la Competencia en la que pedía que se declarase:

"1. Que no existe en la fecha actual posición de dominio por parte de Altadis en el mercado de la fabricación y venta de cigarrillos en España.

2. Que, sin debatir, ni aceptar por parte de Altadis, la existencia de una posición dominante anterior, la pérdida sobrevenida de la condición dominante de Altadis lleva como consecuencia la extinción de la obligación de suministrar a McLane, impuesta por el TDC en su Resolución de 24 de abril de 2002".

Segundo.- En su escrito de demanda, de 20 de abril de 2004, alegó los

hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia "por la que se declare conforme a Derecho , de acuerdo con las razones expuestas en el cuerpo de este escrito y declare la extinción de la obligación de suministro impuesta a Altadis por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de 24 de abril de 2002". Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 5 de noviembre de 2004, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "por la que se desestime el presente recurso, confirmando la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con imposición de costas a la parte recurrente".

Cuarto.- "McLane España, S.A." contestó a la demanda con fecha 10 de marzo de 2005 y suplicó sentencia "declarando la inadmisibilidad del recurso, subsidiariamente la desestime con expresa imposición de las costas al demandante".

Quinto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 15 de marzo de 2005 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 3 de mayo de 2006 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Altadis, S.A. contra la resolución descrita en el encabezamiento de esta sentencia. Sin expresa imposición de costas".

Sexto.- Con fecha 19 de julio de 2006 "Altadis, S.A." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 3779/2006 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional , por "infracción del artículo 218 de la L.E.C . y artículo 24 de la CE ."

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , "por infracción de los artículos 6, 9, 25 y 31 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio); artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea; artículos 9.3, 24 y 25 de la Constitución en lo que se refiere al principio de tutela judicial efectiva y legalidad, en relación con los artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, LRJ-PAC ; artículos 42 y 53.2 de la LRJ-PAC , en relación con el artículo 63 de la LRJ-PAC ".

Séptimo.- El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso y suplicó su desestimación con expresa imposición de las costas a la parte recurrente.

Octavo.- "McLane España, S.A." (en la actualidad "Conway, S.A." se opuso igualmente al recurso y suplicó su desestimación con expresa imposición de costas a la recurrente.

Noveno.- Por providencia de 11 de noviembre de 2008 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 24 de febrero de 2009, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA , Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 3 de mayo de 2006, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Altadis, S.A." contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la solicitud formulada el 28 de febrero de 2003 al Tribunal de Defensa de la Competencia. En ella interesaba de este órgano administrativo que declarase la inexistencia "en la fecha actual de posición de dominio por parte de "Altadis S.A." en el mercado de la fabricación y venta de cigarrillos en España" y que, ante la consiguiente pérdida sobrevenida de su condición dominante, considerase extinguida la obligación de Altadis de suministrar labores de tabaco a otra empresa (McLane), obligación que el Tribunal de Defensa de la Competencia le había impuesto en una resolución precedente, de 24 de abril de 2002.

La petición formulada por "Altadis S.A." el 28 de febrero de 2003, cuyo rechazo por silencio administrativo ahora enjuiciamos, sería ulteriormente desestimada de modo expreso por el Tribunal de Defensa de la Competencia mediante acuerdo de 21 de noviembre de 2003. Contra él interpuso "Altadis S.A." el recurso contencioso administrativo número 34/2004 que la Sala de la Audiencia Nacional desestimó en su sentencia de 3 de mayo de 2006, cuyo tenor es análogo a la que ahora enjuiciamos. El recurso de casación número 3796/2006, interpuesto por "Altadis S.A." contra dicha sentencia, ha sido resuelto por nuestra sentencia "paralela" de 24 de febrero de este año.

Dada la identidad de motivos casacionales y de argumentos expuestos en uno y en otro recurso de casación, vista asimismo la coincidencia de las demandas contra el acto presunto y el ulterior acto expreso y habida cuenta de que las dos sentencias de la Audiencia Nacional, ambas de 3 de mayo de 2006, resolutorias de los recursos 612/2003 y 43/2004 tienen el mismo contenido, en el que ahora fallamos hemos lógicamente de reiterar lo resuelto en la sentencia estimatoria del recurso de casación número 3796/2006. Y dado que las partes son las mismas en ambos recursos, nos limitaremos en ésta a resumir los razonamientos jurídicos en cuya virtud procede el fallo, razonamientos que de manera más extensa exponemos en la sentencia estimatoria del recurso de casación número 3796/2006.

Segundo.- Acogemos la tesis que la sociedad recurrente sostuvo en el primer motivo de casación del referido recurso 3796/2006 y haremos lo mismo en éste por cuanto la Sala de instancia no dio una respuesta suficientemente motivada a las alegaciones que la demanda contenía sobre la posibilidad de reapertura del procedimiento administrativo.

En efecto, como sostenemos en la sentencia de 24 de febrero de 2009, frente a las alegaciones de la demandante en las que trataba de justificar que debía dejarse sin efecto la obligación de suministro de tabaco "la remisión que hace la sentencia a lo expresado en el auto del TDC de 21 de noviembre de 2003 no es suficiente para considerar cumplido el requisito de congruencia, pues no se tienen en cuenta los argumentos esgrimidos en la demanda contra el mismo, Hubiera sido necesaria una respuesta a éstos argumentos, que se formularon en forma clara y precisa, y que no pueden ser solventados con una simple referencia a la resolución impugnada, que es precisamente la que se discute, ni con la reproducción, con diferentes términos, de la motivación recogida en el acto administrativo".

Tercero. - La estimación del primer motivo de casación determina que el litigio se vuelva a plantear en los términos en que fue debatido en la instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 95.2 d) de la Ley Jurisdiccional. Y la respuesta debe ser en parte favorable a la pretensión actora por las consideraciones reflejadas de modo más extenso en la sentencia relativa al acto expreso, de las que se concluye que el Tribunal de Defensa de la Competencia debió resolver si procedía efectuar las declaraciones que le habían sido solicitadas sobre la posición de dominio de "Altadis, S.A." en el año 2003.

En síntesis, dichas razones parten de que la referida solicitud no pretendía la modificación del acto sancionador y su consiguiente revisión (en cuyo caso entrarían en juego los mecanismos revisores correspondientes) sino que su ejecución fuera modulada en función de las circunstancias sobrevenidas.

Afirmamos que tal pretensión era viable si en efecto las circunstancias hubieran cambiado "[...] por la razón misma del fundamento del acto, que debe ser en todo momento adecuado y conforme a los fines que lo justifican, según indica el artículo 53.2 LPAC. Pero además, la propia Ley de Defensa de la Competencia atribuye al SDC la función de vigilar la ejecución y cumplimiento de las resoluciones que se adopten, en cuya función está sin duda la de apreciar el cambio de circunstancias y proponer al TDC las modificaciones procedentes. Si esto no fuera así habría que llenar la laguna legal y dar sentido a una solución adecuada, ya que el derecho no puede tolerar la permanencia de situaciones injustas. La vía para esa modificación sería la prevista en el artículo 105.1 LPAC -cuya aplicación supletoria se prevé en el artículo 50 LDC -, aunque referida exclusivamente al momento posterior en que se haya producido un cambio en las circunstancias que fueron determinantes para adoptar la resolución."

Una vez admitida la posibilidad de modificación, el examen de las nuevas circunstancias que someramente hacemos en la sentencia "paralela de 24 de febrero" sobre la base de un informe del Ministerio de Economía y Hacienda obrante en la pieza de prueba de la parte actora nos permite afirmar que la posición de primer operador dominante (Altadis S.A.) había sufrido una determinada modificación "respecto a la que tenía antes de dichos años, al menos en lo que respecta al mercado de venta de tabaco, lo que pudiera venir influido por el de distribución". Añadimos que esta Sala no podía "hacer una declaración sobre la pérdida de su posición de dominio en el mercado de referencia, ni determinar sobre cuál ha de considerarse mercado relevante en la situación actual, ya sea el de fabricación, distribución y venta, ya sea sólo cualquiera de ellos, pues el TDC no se ha pronunciado al respecto, siendo él el único competente para decidir estas cuestiones referidas al momento en que se hizo la solicitud por el recurrente -23/2/2003-."

La conclusión final es, pues, que procedía y procede estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo y devolver el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia (hoy Comisión Nacional de Competencia) para que adopte la resolución adecuada en función de los razonamientos que anteceden.

Cuarto.- En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, cada parte satisfará las de este recurso, sin que haya lugar a la condena en las de la instancia, al no concurrir temeridad o mala fe.

FALLAMOS

Primero.- Estimar el recurso de casación número 3779/2006 interpuesto por "Altadis S.A. contra la sentencia dictada con fecha 3 de mayo de 2006 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional en el recurso número 6827 de 2003, que casamos.

Segundo.- Estimar en parte el citado recurso contencioso-administrativo número 6827/2003 interpuesto por "Altadis, S.A." contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la solicitud formulada el 28 de febrero de 2003 ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, acto presunto que declaramos no conforme a Derecho, debiendo el referido Tribunal (hoy Comisión Nacional de Competencia) resolver acerca de la pretensión formulada en los términos que han quedado expuestos en los fundamentos jurídicos segundo y tercero de esta sentencia.

Tercero.- Cada parte satisfará las costas de este recurso, sin que haya lugar a la condena en las costas de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Fernando Ledesma Bartret, D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, D. Eduardo Espín Templado, D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat y D. Oscar González González. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.