

Id Cendoj: 28079230062003101099
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 566/1999
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a tres de junio de dos mil tres.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 566/99, seguido a instancia de las mercantiles "Asociación española de fabricantes de **chocolate** y derivados del cacao, la Asociación profesional de fabricantes galletas de España SA", la Asociación española de fabricantes de caramelos y chicles, la Asociación española de panificación y pastelería de marca, y la Asociación española de fabricantes turrónes y mazapanes", representadas por el Procurador de los Tribunales D. Victorio Venturini con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Han comparecido, en calidad de codemandadas, con asistencia letrada y representadas por el Procurador D. Francisco Velasco Muñoz Cuellar, la mercantil "Azucareras Reunidas de Jaen SA", y representada por la Procurador de los Tribunales Dª Ana Nieto Altuzarra, la mercantil "Azucarera Ebro Agrícola SA". El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), la cuantía se estimó superior a 150.253 €, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 15-4-1999, en el seno de un procedimiento seguido contra la recurrente por presuntas conductas prohibidas, se dictó por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en cuya parte dispositiva y en lo que afecta al presente proceso, se dispone: "

1º. Declarar acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el *art. 1.1.a) Ley 16/1989* y el *art. 85 1 .a)* del Tratado de la Unión Europea, por parte de..... "Azucareras Reunidas de Jaén SA", consistente en la concertación del precio de venta del azúcar para usos industriales desde febrero de 1995 a septiembre de 1996.

2º Imponer a la autora una sanción de 107 millones de pts.

3º Intimar a las condenadas a que cesen en las conductas que se han declarado prohibidas y se abstengan de realizarlas en un futuro.

4º Ordenar a las condenadas que la publicación a su costa de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos de los diarios de máxima circulación nacional.

SEGUNDO:- Por la representación de los actores se interpuso recurso Contencioso- Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho.

La fundamentación jurídica de la demanda, tras delimitar el objeto del presente proceso y subrayar que persigue la anulación de la resolución administrativa por no sancionar el abuso de la posición de dominio por parte de las empresas azucareras consistente en la imposición de precios abusivos y discriminatorios para la venta de azúcar prevaleciendo de su posición de dominio conjunta, se basó en las siguientes consideraciones:

a) Las empresas azucareras denunciadas gozan de una posición de dominio conjunta sobre un mercado nacional de azúcar para usos industriales, altamente concentrado en el que existen importantes factores de correlación entre las empresas citadas que facilita su actuación paralela en el mercado. Por otra parte, el producto comercializado es homogéneo, lo que favorece la conducta homogénea en un mercado con una demanda inelástica y costes simétricos. Por todo ello, las empresas azucareras no compiten entre sí.

b) Las empresas azucareras han abusado de su posición de dominio fijando precios excesivos y discriminatorios:

El TDC no declaró que las demandadas abusaran de su posición de dominio, y señaló, respecto de los precios excesivos, que no aparece suficientemente analizado el coste de fabricación del azúcar y las diferencias de precios sobre costes, y respecto de los discriminatorios que no hay base suficiente para establecer la existencia de esa conducta.

Los precios fijados eran excesivos ya que las empresas tiene poder de mercado suficiente para imponer sus precios y son comparativamente más elevados, bastando con que existan indicios de que dichos precios son más elevados., llegando a reconocer el TDC que las subidas de precios realizadas no guardaban relación de proporcionalidad con los costes de las empresas. No es necesario, como sugiere el TDC realizar un análisis de costes de fabricación y de las diferencias de precio sobre los costes para calificar un precio como abusivo.

Los precios fijados también pueden ser calificados como discriminatorios, por aplicar precios inferiores a las ventas realizadas a otras empresas azucareras frente a las realizadas a los clientes ordinarios de lo que existe prueba suficiente a pesar de la opinión del TDC.

TERCERO:- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia, bien inadmitiendo, bien desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente: De acuerdo con el *art. 69 b) LJCA* , la recurrente carece de legitimación para solicitar de la Sala la imposición de una sanción por los hechos que describe, sin perjuicio del ejercicio de las acciones civiles que estime oportunas. En cuanto al fondo del asunto se remite íntegramente a la fundamentación de la resolución impugnada.

CUARTO:- D. Francisco Velasco Muñoz Cuellar, en la representación que ostenta se adhirió a la petición de inadmisibilidad que plantea como alegación previa, pues el interés legítimo de las recurrentes en este asunto ya fue satisfecho por la resolución del TDC, sin perjuicio del ejercicio de las correspondientes demandas civiles (*art. 13 LDC*). Por otra parte, la Administración del Estado y D^a Ana Nieto Altuzarra, en representación de "Azucareras EBRO Agrícolas SA", manifestó, en esencia, que se adhería a lo manifestado por la recurrente y recordó que nuestro sistema jurídico no prevé una acción pública en este orden jurisdiccional. Los actores se opusieron a la citada alegación y reiteraron el interés legítimo que les asiste para accionar en este proceso ya que las imposición de la sanción solicitada puede producir efectos favorables en su esfera jurídica, pues son perjudicados por la conducta que denuncian. Los denunciados deberían cesar en el ejercicio de la conducta descrita, el mercado tendría conocimiento de ello, y podrían obtener una compensación por los perjuicios sufridos.

QUINTO:- Mediante providencia de 21-3-2002 la Sección ordenó la continuación de la tramitación del

procedimiento, sin pronunciarse sobre la cuestión planteada, ordenado a las partes que contestaran a la demanda.

SEXTO:- "Azucareras Reunidas de Jaen SA" solicitó la confirmación de la resolución impugnada por las siguientes razones:

a) Tras reiterar su petición de inadmisibilidad, mantuvo que el mercado relevante a los efectos pretendidos es el europeo (hay unidad territorial y normativa), en el que las empresas azucareras españolas sólo poseen una cuota que no llega al 5%.

b) Niega que pueda existir posición de domino conjunta, ya que frente a la unión hipotética de las empresas denunciadas no existiría competidor. Tampoco habría existido abuso de dicha posición, tal y como se describe en los hechos de la contestación a la demanda.

SÉPTIMO: Por parte de "Azucarera Ebro Agrícolas SA", se opuso a la petición de las recurrentes recordando que no han acreditado la concurrencia de los requisitos exigidos para la apreciación de una posición de domino colectiva (STJCE 6-6-2002). Niega que se hayan producido precios excesivos (el resultante sería superior en España por un 2 o un 3%, y no se ha probado que el precio aplicado sea irrazonable o desproporcionado sobre una base comparativa homogénea). Tampoco se ha probado que se produjeran precios discriminatorios (no había base para realizar esa imputación sobre el examen de sólo dos operaciones aisladas)

OCTAVO: Practicada la prueba declarada pertinente, las partes aportaron los escritos de conclusiones.

NOVENO: Señalado el día 3 de junio de 2003 para la votación y fallo, ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

DECIMO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Las cuestiones que se plantean en el presente proceso son las siguientes:

a) Determinar si los recurrentes están legitimados para promover el presente proceso.

b) Determinar si la decisión impugnada es contraria a derecho al no haber declarado conducta prohibida la desplegada por las empresas denunciadas en la medida en que, a juicio de los denunciantes, abusaron de su posición de dominio colectiva, imponiendo precios excesivos y discriminatorios en su directo perjuicio.

SEGUNDO: La primera de las cuestiones planteadas ha sido objeto de distintos pronunciamientos tanto por la jurisprudencia como por la doctrina del Tribunal Constitucional en los términos que pasamos a exponer. Así en el FJ 2 de la STS de 19-12-2002 RJ 2003/1266 se ratifica doctrina anterior sobre la cuestión de la legitimación activa de la recurrente en los siguientes términos: "el concepto de legitimación activa hace referencia a un título básico para el acceso a la jurisdicción que implica relación jurídico material entre la parte actora y el objeto procesal en atención al derecho o al interés legítimo cuya tutela se postula por aquella, constituyendo así la aptitud para ser demandante en un proceso concreto y siendo un requisito necesario para que el órgano jurisdiccional pueda examinarla en cuanto al fondo en el sentido más propio del vocablo, debiendo ser casuística la respuesta a dicho problema de legitimación, sin que sea aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciada para todos los casos, puesto que la clave para determinar si existe o no ese interés legítimo en la parte que se lo arroga en el proceso de impugnación de una resolución radica, muy en concreto, en que aquel concepto de interés legítimo a que se refiere el *art. 28.1 a) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción (RCL 1956\1890)* en su versión aplicable (más amplio que el de interés directo al que expresamente aludía dicho precepto en su anterior redacción), equivale a titularidad potencial de una posición de beneficio o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría si ésta prosperara (sentencias del Tribunal Constitucional 143/1987 [RTC 1987\143], 60/1982 [RTC 1982\60], 62/1983 [RTC 1983\62], 257/1988 [RTC 1988\257] y 97/1991 [RTC 1991\97] y de esta Sala de 24 de enero [RJ 1997\1999] y 22 de diciembre de 1997 [RJ 1998\718], 8 de febrero [RJ 2000\2640] y 8 de noviembre de 2000 [RJ 2000\9224], entre otras de igual significado), o, si se prefiere, al efecto positivo de ventaja en la esfera jurídica del accionante o a la eliminación de una carga, perjuicio o

gravamen contra éste en el caso de que se estimara su pretensión, siempre bajo el entendimiento de que no basta como título legitimador un puro y simple interés por el respeto de la legalidad, salvo en supuestos de «acción pública», o de criterios de oportunidad por muy extenso que sea el significado que al interés público se atribuye a efectos de legitimación activa". Salvadas las referencias que la sentencia transcrita realiza a la LJCA que deben entenderse referidas al vigente *art. 69 1.b) de la Ley 29/1998* sobre la jurisdicción contencioso-administrativa, debemos recordar que el Tribunal Supremo se ha pronunciado con reiteración sobre la cuestión de si el denunciante en un procedimiento administrativo sancionador está activamente legitimado para mantener su acción, ya sea en vía administrativa, agotando las últimas instancias, o jurisdiccional, con la intención, como ocurre en el presente caso, de obtener una resolución revocatoria y por lo tanto conseguir que finalmente el denunciado sea sancionado, como corolario del ejercicio de su derecho. A estos efectos podemos citar la STS de 26-11-2002 RJ 2003/1362 que niega la referida legitimación por entender que el interés legítimo del denunciante queda satisfecho con la presentación de la denuncia y la consiguiente tramitación de un procedimiento sancionador que concluya con una decisión razonable, aunque sea absoluta. Finalmente, podemos citar la STC 41/1997 que en su FJ 7 señala que: "El particular, en efecto, no ostenta ningún derecho a castigar, pues el *ius puniendi*, es de titularidad estatal (SSTC 157/1990, fundamento jurídico 4.º y 31/1996, fundamento jurídico 10). Es más: pese a que, por disposición de la ley, puede ejercitar la acción penal y debe, por tanto, obtener una respuesta jurídicamente fundada, carece, desde la perspectiva constitucional, de interés legítimo en la imposición del castigo, pues la pena pública implica, por su propia naturaleza, la exclusión de todo móvil privado en su aplicación. Y, por lo tanto, al pedir que se actúe penalmente contra un tercero no hace sino promover el ejercicio de una potestad estatal limitadora de los derechos fundamentales, en cuyo ejercicio puede tener, ciertamente, un interés; pero al que, por todo lo expuesto, no puede otorgársele relevancia alguna en esta sede de amparo sin desvirtuar su naturaleza y significación".

TERCERO: De acuerdo con la doctrina expuesta, debemos concluir que la concreta petición que formula la recurrente en el sentido de que este tribunal proceda a sancionar a las empresas denunciadas por la práctica de las conductas prohibidas descritas, más que incurrir en una causa de inadmisión por falta de legitimación activa, realmente podría incurrir en otro de los supuestos previstos, pues este Tribunal no puede dispensar la tutela pedida por la simple razón de que carece de competencia para ello, dado el carácter revisor de esta jurisdicción sobre la actuación administrativa a la que no puede sustituir.

No obstante lo anterior, la petición de la recurrente puede reconducirse de forma alternativa y sin alterar los términos de la litis, a una petición de revisión de la resolución administrativa de archivo de las actuaciones por entender que existen indicios suficientes de comisión de una conducta prohibida, en cuyo caso sí procede reconocerle la legitimación activa para accionar antes este Tribunal, que es competente para revisar esa actuación y ordenar al TDC que prosiga su investigación. Por otra parte, según se desprende del mismo planteamiento de la demanda, la reclamación de la recurrente no va unida a un simple interés por el respeto de la legalidad ya que puede concluirse que en caso de prosperar la acción pueden derivarse para ella importantes beneficios económicos.

CUARTO: Respecto del fondo de la cuestión planteada poco puede añadir este tribunal a lo dicho por el TDC en su resolución (FJ 10 y 11) por lo que damos por reproducido y expresamente asumimos lo que en la misma se dice respecto del tema planteado, que en definitiva se reconduce a un problema de prueba. En primer lugar debe tenerse presente que lo que pretende la recurrente constituye una doble incriminación por unos hechos esencialmente similares, razón por la que debe delimitarse cuidadosamente el concepto desde cuya perspectiva se enjuician los hechos (posición de dominio colectiva como concepto distinto a la mera colaboración entre empresas en materia de precios, conducta que ya fue sancionada), debiendo encontrarse necesariamente, fundamentos y valores jurídicos de distinta protección en uno y otro caso, pues de lo contrario podría vulnerarse el *art. 25 CE* que garantiza la interdicción de la doble sanción por unos mismos hechos. No obstante, la evidente falta de prueba sobre la concurrencia de los extremos necesarios para acreditar la existencia de un precio abusivo o discriminatorio es base suficiente para descartar la pretensión de la recurrente; a este respecto, la codemandada "EBRO" en su escrito de conclusiones pone de manifiesto los distintos resultados a que puede llegarse en un examen comparado de los precios entre España y Francia, país excedentario en la producción de azúcar, sin que puedan apreciarse diferencias sustanciales, todo ello sin perjuicio de dejar constancia de las propias dudas del TDC sobre el excesivo incremento de precios producido en 1995. Por lo que respecta a los precios discriminatorios, debemos reiterar el criterio del TDC sobre la imposibilidad de llegar a la conclusión sobre la base de sólo dos operaciones entre miles.

QUINTO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *art. 131 de la LJCA*.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a

pronunciar el siguiente:

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto. Sin costas.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el *art. 248 de la LOPJ* al tiempo de notificar esta Sentencia de indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública