

Roj: STS 4171/2004  
Id Cendoj: 28079130032004100252  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 3  
Nº de Recurso: 107/2001  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: OSCAR GONZALEZ GONZALEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

Tribunal de Defensa de la Competencia. Abuso de posición de dominio en el mercado por negativa de venta de terminales de telefonía. URBANISMO, INGENIERÍA Y SERVICIOS DEL SURESTE, S.L. (ISUTEL, S.L.)

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Junio de dos mil cuatro.

En el recurso de casación nº **107/2001**, interpuesto por la Entidad URBANISMO, INGENIERÍA Y SERVICIOS DEL SURESTE, S.L., representada por la Procuradora Doña María de los Angeles Almansa Sanz, y asistida de letrado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 3 de noviembre de 2000, recaída en el recurso nº 1321/1998, sobre abuso de posición de dominio; habiendo comparecido como parte recurrida la ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el Abogado del Estado, y la Entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., representada por el Procurador Don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, y asistida de letrado.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En el proceso contencioso administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) dictó sentencia desestimando el recurso promovido por la Entidad URBANISMO, INGENIERÍA Y SERVICIOS DEL SURESTE, S.L., contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 29 de junio de 1998, por la que se acordó confirmar el acuerdo de sobreseimiento de la denuncia de la recurrente contra la codemandada Telefónica de España, S.A. del Director General de Política Económica de 28 de enero de 1998.

SEGUNDO.- Notificada esta sentencia a las partes, por la referida Entidad se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 4 de diciembre de 2000, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la recurrente (URBANISMO, INGENIERÍA Y SERVICIOS DEL SURESTE, S.L.) compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formuló en fecha 27 de enero de 2001, el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual expuso, los siguientes motivos de casación:

1) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra c) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas jurídicas aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción por inaplicación del art. 6.1 y 6.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia que regulan el llamado "abuso de posición dominante" y en los cuales se cataloga como conducta abusiva "La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios".

2) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra d), del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción

de las normas jurídicas aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción por inaplicación del art. 1 de la LDC en el cual se cataloga como conducta prohibida "La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones".

Terminando por suplicar sentencia en la que, casando la resolución recurrida, estime totalmente los pedimentos de instancia, conforme a lo interesado en su demanda.

CUARTO.- Por providencia de fecha 9 de julio de 2002 se admitió a trámite el presente recurso de casación, ordenándose por otra de fecha 8 de octubre de 2002, entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. y ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO), a fin de que en el plazo de treinta días pudieran oponerse al mismo; lo que hicieron mediante escritos de fechas 30 de octubre y 20 de noviembre de 2002 respectivamente, en el que expusieron los razonamientos que creyeron oportunos y solicitaron se dictara sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas al recurrente.

QUINTO.- Por providencia de fecha 23 de abril de 2004, se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 9 de junio del corriente, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de esta casación la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en virtud de la cual se desestimó el recurso presentado por la entidad URBANISMO, INGENIERIA Y SERVICIOS DEL SURESTE S.L. (ISUTEL S.L.), contra el acuerdo del Tribunal Defensa de la Competencia, que igualmente había desestimado el recurso interpuesto por dicha entidad contra la resolución de la Dirección General de Política Económica que sobreseyó la denuncia formulada contra TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. por presuntas prácticas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en un abuso de posición de dominio en el mercado por negativa de venta de terminales de telefonía de uso público.

El Tribunal de instancia sienta la premisa de que "el mercado relevante es el de la telefonía de uso público prestada en zonas sin vigilancia, que requiere en sus terminales protección con medidas de seguridad", para a continuación indicar que "si delimitamos el mercado relevante a dichos terminales protegidos, nos encontramos con que a la fecha de la denuncia en el mercado interior español sólo reunían las características técnicas solicitadas por la actora los modelos de la codemandada, que sólo los comercializaba en régimen de alquiler y desde Marzo de 1996, cesó esta práctica con opción de compra respecto del equipo TRMA". Añade que "no resulta acreditado que la codemandada se negara injustificadamente a vender terminales telefónicos de uso público con especial protección a la actora, sino que los comercializó en régimen de opción de compra suministrando los que constan a los folios 196 y siguientes del expediente administrativo a la actora, siguiendo la política comercial empleada con todos sus clientes. No constando discriminación en el sistema de suministro seguido por la codemandada respecto de la actora en relación con el resto de los clientes, manteniendo una igualdad de trato comercial no desvirtuada en este recurso". Concluye señalando que "Tampoco concurre el supuesto de abuso en la posición de dominio en el mercado relevante porque la opción jurídica entre realizar suministros de equipos telefónicos en régimen de compraventa o de alquiler con opción de compra, no supone una extralimitación contractual que repercuta en la libre competencia dentro del mercado relevante. La codemandada podía elegir cuál iba a ser su política comercial en el marco del citado mercado, y la decisión resultante fue que hasta el mes de marzo de 1996 comercializó sus terminales en el citado régimen de opción de compra, lo cual no representa una práctica restrictiva de la competencia por no impedir el acceso de tales terminales a la actora"

Frente a esta sentencia se ha interpuesto recurso de casación por la entidad ISUTEL S.L. por los motivos que han quedado transcritos en los antecedentes, recurso que ha de declararse admisible, rechazando la causa de inadmisibilidad opuesta por el Abogado del Estado, ya que la necesidad que indica de que en el escrito de preparación se haga referencia a la norma de Derecho Estatal o Comunitario Europeo, la establece el artículo 86.4 de la Ley Jurisdiccional sólo para los recursos interpuestos contra sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, pero no contra las dictadas por las de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO.- Aduce el recurrente infracción del artículo 6.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, que prohíbe "la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional", entre una de cuyas formas está la que consiste, según el art. 6.2, c), en "la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios".

El motivo debe ser desestimado. En primer lugar se contienen en él afirmaciones contrarias a los hechos declarados probados por la sentencia. Así, cuando se dice que "Telefónica se negó a suministrar a mi representada los terminales telefónicos que ésta la demandó", contraría lo dicho por el Tribunal de instancia de que "no resulta acreditado que la codemandada se negara injustificadamente a vender terminales telefónicos de uso público con especial protección a la actora". Cuando se indica que no se ofrece "por parte de la codemandada ni de ninguna de las instancias justificación suficiente para tal negativa", se va en contra de la declaración de la sentencia recurrida que señala que "la codemandada podía elegir cuál iba a ser su política comercial en el marco del citado mercado, y la decisión resultante fue que hasta el mes de marzo de 1996 comercializó sus terminales en el citado régimen de opción de compra". Estas y otras manifestaciones similares no pueden ser acogidas en casación, ya que no se puede variar en ella las valoraciones de hecho realizadas por el Tribunal de instancia.

En segundo término, se desvía de los razonamientos de la sentencia, cuando manifiesta que "el único terminal que se supone podía ofrecer un adecuado grado de sustituibilidad (PLURIMA) no se hallaba homologado en la fecha de la interposición de nuestra denuncia, punto éste que fue objeto principal del proceso contencioso-administrativo, sin que tal circunstancia haya sido tenido en cuenta por la Sala". La conclusión que pretende obtener el recurrente de que sólo existían como homologados los de TELEFÓNICA, es la misma que recoge la sentencia al indicar que "a la fecha de la denuncia en el mercado interior español sólo reunían las características técnicas solicitadas por la actora los modelos de la codemandada".

En último lugar, la conclusión a la que se llega en el motivo de que "no existían más terminales protegidos en el mercado que los comercializados por TELEFÓNICA, que TRMA no era modelo que conste ni entre los protegidos ni entre los semi-protegidos (en realidad carece de toda protección) y que mi mandante no disponía de otros terminales protegidos en el mercado que los comercializados por la propia TELEFÓNICA", es admitida plenamente por la sentencia, conforme ha quedado transcrito en el fundamento jurídico anterior.

Pues bien, en lo único en lo que existe discrepancia entre el recurrente y el Tribunal de instancia es en que para el primero no existe justificación en la negativa a vender los terminales por parte de TELEFÓNICA, mientras que en la sentencia recurrida se señala como justificación que "tampoco concurre el supuesto de abuso en la posición de dominio en el mercado relevante porque la opción jurídica entre realizar suministros de equipos telefónicos en régimen de compraventa o de alquiler con opción de compra, no supone una extralimitación contractual que repercuta en la libre competencia dentro del mercado relevante. La codemandada podía elegir cuál iba a ser su política comercial en el marco del citado mercado, y la decisión resultante fue que hasta el mes de marzo de 1996 comercializó sus terminales en el citado régimen de opción de compra, lo cual no representa una práctica restrictiva de la competencia por no impedir el acceso de tales terminales a la actora"

No se indica en el motivo de casación si esta conclusión del Tribunal de instancia infringe el precepto que se dice vulnerado, por lo que su argumento de la "falta de justificación de la negativa" queda desprovisto de base. En definitiva no se ha razonado si "el alquiler con opción de compra" supone o no "la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos" a que se refiere el artículo 6.1.c) de la Ley de Defensa de la Competencia. Ante este silencio no puede entrar esta Sala a suplir la omisión del recurrente que en su escrito de interposición ha de explicar el porqué de las hipotéticas ilegalidades de la sentencia.

TERCERO.- El siguiente motivo de casación está mal formulado puesto que no cabe remitir al anterior para fundamentar una ilegalidad completamente ajena al mismo. Por otra parte la sentencia de instancia, salvo una reproducción parcial de la propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia -FJ. 3º "in fine"-, no trata el tema discutido en este motivo referente a conductas conscientemente paralelas con su filial CABITEL y los fabricantes de estos productos. Ante esta omisión debió denunciarse la existencia de incongruencia a través del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, y no del apartado d). Pero es que además, en el acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia no se extiende el sobreseimiento a la posible existencia de esta conducta prohibida, ya que en su fundamento de derecho 4º se señala que:

"Por lo que respecta al segundo grupo de alegaciones relativas a otras prácticas anticompetitivas realizadas por TELEFÓNICA Y CABITEL, debe precisarse que no fueron objeto de la denuncia inicial ni, por tanto, de la investigación realizada por el Servicio. Se formularon por ISUTEL en el escrito de alegaciones que presentó ante la propuesta de sobreseimiento que le fue trasladada por el Servicio y han sido reiteradas en el presente recurso. En tales circunstancias no cabe un pronunciamiento sobre las mismas ya que no han sido objeto de la instrucción que la LDC exige para que pueda producirse una decisión del Tribunal, si

bien debe afirmarse, por el mismo motivo, que no resultan afectadas por el acuerdo de sobreseimiento, pudiendo ISUTEL, si lo estima oportuno, formular la correspondiente denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia".

CUARTO.- De conformidad con el art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional, procede la condena en costas del recurso a la parte recurrente.

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad EL REY,

## **FALLAMOS**

Que declaramos no haber lugar y, por lo tanto, DESESTIMAMOS el presente recurso de casación nº **107/2001**, interpuesto por la Entidad URBANISMO, INGENIERÍA Y SERVICIOS DEL SURESTE, S.L., contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 3 de noviembre de 2000, recaída en el recurso nº 1321/1998; con condena a la parte recurrente en las costas del mismo.

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 fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.