

Id. Cendoj: 28079230062004100666
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 04/10/2004
Nº de Recurso: 1059/2001
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a cuatro de octubre de dos mil cuatro.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la

Audiencia Nacional ha promovido Repsol Petroleos S.A., y en su nombre y representación el

Procurador Sr. Dº José Pedro Vila Rodríguez, frente a la Administración del Estado, dirigida y

representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la

Competencia de fecha 10 de septiembre de 2001, relativa a sanción por vulneración de la libre

competencia, siendo Codemandadas Correa S.L., Euromarco S.L. e Ibérica Marítima de Tarragona S.A. y la cuantía del presente recurso 300.506,05 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Repsol Petroleos S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº José Pedro Vila Rodríguez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 10 de septiembre de 2001, solicitando a la Sala, declare la nulidad de las sanción que nos ocupan.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veintidós de septiembre de dos mil cuatro.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 10 de septiembre de 2001, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 300.506,05 euros, como consecuencia de la comisión de una infracción tipificada en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, consistente en la celebración de acuerdos con ciertas empresas consignatarias para la homologación de éstas

SEGUNDO: El examen del alcance jurídico de los hechos establecidos, pasa por el análisis de dos preceptos, esenciales en la resolución del presente supuesto:

A) El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio dispone: " Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, y en particular los que consistan en..."

B) El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7 ... Multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas..."

Del primero de los preceptos citados resulta: 1) La actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia. 2) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. 3) La conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

En relación al segundo de los preceptos citados, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre

competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

TERCERO: La recurrente reprocha a la Resolución impugnada distintas ilegalidades, unas relativas a vulneraciones en la tramitación del expediente y otras relativas a vulneración de derechos fundamentales.

Los recurrentes alegan en primer lugar la caducidad del procedimiento administrativo, porque la tramitación del expediente sobrepasó los plazos de caducidad establecidos en el ordenamiento jurídico que entienden de aplicación: el artículo 20 pfo. 6 del Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento de la Potestad Sancionadora en relación con el art. 43.4 de la Ley 30/92 .

El artículo 43.4 de la Ley 30/1992 establece la caducidad de los procedimientos no susceptibles de provocar una resolución favorable al interesado cuando se exceda el plazo señalado para resolverlos y treinta días más. Esta Ley 30/1992 no excluye en su disposición adicional octava los procedimientos seguidos por el Tribunal de Defensa de la Competencia de su ámbito de aplicación, y el artículo 50 de la Ley de Defensa de la Competencia declara de aplicación supletoria los preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo. Ahora bien, tal aplicación supletoria lo es respecto de aquellos aspectos compatibles con la naturaleza de los procedimientos seguidos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia. Así las cosas hemos de recordar que la Ley 30/1992 en su artículo 92.4 excluye la aplicación de la caducidad cuando se encuentre implicado el interés público, como en el caso de los expedientes seguidos en defensa de la competencia en los que, junto a la potestad sancionadora, existe un claro interés público tutelado y unos perjudicados cuyos intereses legítimos han de ser protegidos. De otra parte, basta un examen de los plazos establecidos en la Ley de Defensa de la Competencia antes de su reforma en este extremo para comprobar que no es posible, sumando los distintos periodos del procedimiento la tramitación en el tiempo señalado con carácter general para los expedientes sancionadores, lo que hace imposible la aplicación de tal plazo. Finalmente, lo que es más importante, el efecto de la caducidad no es la anulación del acto dictado en el expediente caducado, sino el archivo de éste y el inicio de un nuevo expediente mientras no haya operado la prescripción, siempre antes de haber sido dictada la resolución de fondo. Ello resulta claro si atendemos a que el artículo 63.3 de la Ley 30/1992 no implica la nulidad del acto de imposición de una sanción administrativa fuera del plazo legalmente previsto para la tramitación del expediente sancionador.

De todo ello podemos concluir: 1º que no son aplicables (antes de la reforma legal que introdujo en la Ley de Defensa de la Competencia sus propios plazos de caducidad) los plazos que con carácter general se establecieron tanto en la Ley 30/92 como en el Real Decreto para regular el ejercicio de la potestad sancionadora, para la tramitación de expedientes sancionadores; 2º que aún habiendo excedido los plazos máximos señalados en la Ley de Defensa de la Competencia y treinta días más - por aplicación del artículo 43.4 de la Ley 30/1992 -, existía un claro interés público que no puede verse afectado por la caducidad, al menos en la declaración de ser la conducta contraria a la Ley de Defensa de la Competencia; y, 3º respecto de las sanciones impuestas, no resultan anulables por aplicación del artículo 63.3 de la Ley 30/1992 por el simple hecho de que el expediente haya excedido los plazos de tramitación; el efecto de la caducidad es el archivo de actuaciones antes de dictar la Resolución de fondo, con posibilidad de reiniciar otro expediente con el mismo

objeto antes de que se haya producido la prescripción, pero no arrastra a la anulación la Resolución recaída fuera de plazo.

Por último hemos de señalar que como el propio recurrente afirma, hasta la entrada en vigor de la Ley 66/1997 de 30 de diciembre, no se estableció el plazo de caducidad que se aplicaría, según la disposición transitoria duodécima, a los procedimientos iniciados con posterioridad al 1 de enero de 1998. Por ello, habiéndose iniciado el procedimiento anteriormente a esa fecha, no puede aplicarse el plazo de caducidad al supuesto de autos. Por otra parte, la tardanza injustificada - extremo éste no probado - no da origen a la anulación de la sanción salvo prescripción, sino a una posible indemnización por daños de concurrir los requisitos para ello.

En cuanto a la prueba practicada hemos de señalar que la indefensión es un concepto material, como reiteradamente hemos declarado, de suerte que una inicial indefensión puede ser subsanada a lo largo del proceso administrativo o judicial. Pues bien, se afirma por la actora que no se permitió en vía administrativa presentar pruebas en su descargo. Con independencia de que la inadmisión de las pruebas en vía administrativa se encuentre o no fundada, lo cierto es que en vía judicial se han practicado las propuestas por la actora, por lo que, de existir una indefensión originaría, esta habría sido subsanada.

CUARTO: Dicho lo anterior hemos de entrar en la cuestión de fondo debatida. Según la propia Resolución impugnada, los hechos imputados a la actora consiste en esencia en realizar un procedimiento de homologación de consignatarios de buques, a fin de que solo los que aceptasen las condiciones impuestas unilateralmente por Repsol pudieran operar en las terminales de carga y descarga de los puertos de Cartagena, La Coruña, Málaga y Tarragona de las que Repsol era titular en virtud de concesión administrativa.

Pues bien, en la conducta descrita hemos de distinguir dos aspectos, el primero relativo a los supuestos en que como consecuencia del contrato de fletamento, Repsol tuviese la facultad de designar consignatario, y el supuesto en que, o bien la designación del consignatario correspondiese a un tercero, o bien el buque fuese ajeno a una relación contractual de la actora y, en ambos se utilizasen las terminales de Repsol.

En el primer supuesto, caso en que Repsol tuviese la facultad de designar consignatario, la cuestión se resuelve en relaciones contractuales internas. Efectivamente, se trata de una conducta encaminada a exigir unas circunstancias concretas para realizar la contratación, incluidas en el ámbito de la autonomía de la voluntad, que si bien pudieran afectar, en su caso, a los principios de buena fe en la contratación, lo cierto es que no afectan a la libre competencia en los términos referidos en el artículo 1 de la LDC. Se trata de establecer condiciones para contratar con unos determinados sujetos, en aquellos casos en los que la recurrente tiene la facultad para designar el consignatario. La conducta podría tener proyección en un abuso de posición de dominio si se imponen las condiciones unilateralmente - como es el caso - o en competencia desleal, si concurren los requisitos; pero tal comportamiento no es incluíble en el artículo 1 de la LDC que contempla el supuesto de acciones concertadas o que tiendan a la concertación para restringir la libre competencia. De ahí que el tipo infractor venga referido a conductas con proyección sobre un colectivo - se habla de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela -. Cuando nos encontramos ante condiciones establecidas por una parte para realizar un contrato en

virtud de una facultad que la relación contractual de la que es parte le concede, o es abuso de posición de dominio o es competencia desleal, pero no puede responder al tipo previsto en el artículo 1 antes señalado, porque falta el elemento de concertación colectiva realizada conscientemente que exige el citado precepto.

Un razonamiento análogo hemos de realizar respecto del segundo aspecto de la conducta. En el caso de que se imponga la elección de unos concretos consignatarios para que los buques puedan operar en las terminales de carga y descarga concedidas a Repsol, y admitido por el TDC que ello responde a una conducta unilateral de la actora, podremos encontrarnos ante un abuso de posición de dominio pero nunca ante conductas que requieren de una idea de colectividad, como son las previstas en el artículo 1 de la LDC.

Efectivamente, por más que en la Resolución impugnada se señale que la conducta sancionada lo es los acuerdos celebrados entre la actora y los consignatarios, la realidad es que de los hechos declarados probados por el propio TDC resulta que las condiciones contractuales son fijadas por la propia actora, que exige la celebración de tales contratos con los consignatarios para que puedan operar en las terminales cuya concesión ostenta. Por tanto, no se trata de conductas plurales, pues a los consignatarios, según los propios hechos probados declarados por el TDC, se les exige el cumplimiento de las condiciones para operar en las terminales que nos ocupan. Por ello la subsunción de la conducta habría, en cualquier caso, de serlo en el tipo del artículo 6 de la LDC: "1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. 2. El abuso podrá consistir, en particular, en: a) La imposición, de forma directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos, b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. d) La aplicación en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos. 3. Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o de varias empresas haya sido establecida por disposición legal." - en su redacción anterior a la Ley 52/1999 -.

Pues bien, habiéndose subsumido la conducta en el artículo 1 de la LDC, debe prosperar la pretensión actora en cuanto los hechos declarados probados no son, como hemos visto, incluíbles en la descripción típica del citado precepto y sin que pueda resultar una automática inclusión en el tipo del artículo 6 de la misma Ley pues sus elementos difieren - esencialmente en la acreditación de la posición de dominio -, sin que, además, de la prueba practicada ante la Sala, haya resultado que efectivamente se impuso la designación de consignatarios a buques en supuestos en los que la actora no tenía capacidad de decisión sobre la designación según la relación contractual.

Por último hemos de señalar que nada impide al TDC ejercer su potestad sancionadora de entender que la acción probada es subsumible en algunos de los artículos 6 o 7 de la LDC - que tipifican las conductas contrarias a la libre competencia, pues lo que esta sentencia declara es la no concurrencia de los elementos definidos en el tipo del artículo 1º de la LDC, y que por ello no puede sancionarse conforme a

tal precepto.

De lo expuesto resulta la estimación del recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 131.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa .

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto Repsol Petroleos S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº José Pedro Vila Rodríguez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 10 de septiembre de 2001, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos, sin imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.