

Id Cendoj: 28079130032007100212
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 10886 / 2004
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: OSCAR GONZALEZ GONZALEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x CONDUCTAS PROHIBIDAS (COMPETENCIA) x
- x CADUCIDAD (PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO) x
- x PLAZOS (PROCESO CONT.ADMVO.) x

Resumen:

Plazo de caducidad de seis meses para los procedimientos administrativos en la Ley 30/1992 resulta incompatible con los tramites administrativos específicos del procedimiento de defensa de la competencia. La práctica consistente en que Repsol celebre acuerdos con ciertas empresas consignatarias para la homologación de éstas, estableciendo precios y condiciones comerciales implica una concertación entre REPSOL y los consignatarios que celebraron los acuerdos que ha podido producir efectos restrictivos a la competencia, evitando que los navieros pudieran elegir a otros consignatarios no homologados, y por precios diferentes. No se trata de un acto unilateral desde el momento que algunos consignatarios aceptaron libremente, bien por escrito o bien por convenios no escritos, las condiciones que estableció REPSOL -concesionario de las terminales de carga y descarga de determinados puertos españoles-, a cambio de la exclusividad para el ejercicio de las funciones de consignación en dichas terminales.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Junio de dos mil siete.

En el recurso de casación nº 10886/2004, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 4 de octubre de 2004, recaída en el recurso nº 1059/2001, sobre sanción por vulneración de la libre competencia; habiendo comparecido como parte recurridas las Entidades IBÉRICA MARÍTIMA TARRAGONA, S.A., representada por el Procurador Don Eduardo Codes Feijoo, y asistida de letrado, y REPSOL PETRÓLEO, S.A., representada por el Procurador Don Pedro Vila Rodríguez, 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 estimando el recurso promovido por la Entidad REPSOL PETRÓLEO, S.A., contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 10 de septiembre de 2001, que impuso a la referida Entidad la sanción de multa de 300.506,05 euros, como consecuencia de la comisión de una infracción tipificada en el *art. 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.- Notificada esta sentencia a las partes, por la Administración General del Estado y por las Entidades Correa Agencia Marítima, S.L. y Eurotránsitos y Consignaciones Euromarco, S.L. se presentaron escritos preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 19 de noviembre de 2004, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la recurrente (ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO) compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formuló en fecha 28 de febrero de 2005 , el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual expuso, los siguientes motivos de casación:

ÚNICO) Al amparo de lo preceptuado en el *nº 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional* , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que resultaban aplicables para resolver la cuestión planteada representada por el *art. 1.1 de la LDC* .

Terminando por suplicar dicte sentencia por la que, estimando el recurso, case y anule la sentencia recurrida, dictando en su lugar otra más conforme a Derecho, por la que se restablezca en la integridad de sus pronunciamientos y efectos jurídicos el Acuerdo del TDC que la sentencia dejó sin efecto, con lo demás que sea procedente.

CUARTO.- Por Auto de la Sala, de fecha 2 de marzo de 2005 , se acordó declarar desierto el recurso de casación preparado por las Entidades CORREA AGENCIA MARÍTIMA, S.L. y EUROTRANSITOS Y CONSIGNACIONES EUROMARCO, S.L..

QUINTO.- Por providencia de la Sala, de fecha 5 de enero de 2006 , se admitió a trámite el presente recurso de casación, ordenándose por otra de 9 de febrero de 2006 entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (REPSOL PETRÓLEO, S.A. e IBÉRICA MARÍTIMA TARRAGONA, S.A.), a fin de que en el plazo de treinta días pudieran oponerse al mismo; lo que hizo la Entidad REPSOL PETRÓLEO, S.A. mediante escrito de fecha 30 de marzo de 2006, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dicte sentencia desestimando el recurso, o en su defecto y subsidiariamente, se tomen en consideración al dictar la sentencia de las subsecuentes alegaciones presentadas y que en su día no fueron valoradas por la Audiencia Nacional al haber considerado ajustada a derecho la que fundamentó la Sentencia recurrida.

Por auto de la Sala, de fecha 5 de abril de 2006 , se acordó tener por caducado el derecho y por perdido dicho trámite de oposición al Procurador Don Eduardo Codes Feijoo, en representación de IBÉRICA MARÍTIMA TARRAGONA, S.A..

SEXTO.- Por providencia de fecha 1 de marzo de 2007, se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 19 de junio siguiente, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Óscar González González, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia en virtud de la cual estimó el recurso interpuesto por REPSOL PETRÓLEO, S.A. contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia por la que se le impuso una multa de 300.506,05 euros, como consecuencia de una infracción tipificada en el *artículo 1.1. de la Ley de Defensa de la Competencia* , consistente en haber realizado acuerdos con ciertas empresas consignatarias para la homologación de éstas, estableciendo precios y condiciones comerciales.

El Tribunal de instancia, después de rechazar la caducidad del procedimiento administrativo, y de considerar que no se ha producido indefensión por no habersele permitido en vía administrativa presentar pruebas en su descargo, razonó lo siguiente:

[...] 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 *artículo -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".>>

El Abogado del Estado ha interpuesto recurso de casación contra esta sentencia con apoyo en los motivos que han quedado transcritos en los antecedentes.

SEGUNDO.- El recurso debe estimarse, pues, como indica el Abogado del Estado, la resolución recurrida sanciona la práctica consistente en "haber realizado acuerdos con ciertas empresas

consignatarias para la homologación de éstas, estableciendo precios y condiciones comerciales". Esta circunstancia cumple las exigencias del *artículo 1.º de la Ley de Defensa de la Competencia*, en cuanto hay una concertación entre REPSOL y los consignatarios que celebraron los acuerdos, y esto ha podido producir efectos restrictivos a la competencia, evitando que los navieros pudieran elegir a otros consignatarios no homologados, y por precios diferentes.

No se trata, por tanto, de un acto unilateral, desde el momento que algunos consignatarios aceptaron libremente, bien por escrito o bien por convenios no escritos, las condiciones que estableció REPSOL -concesionario de las terminales de carga y descarga de determinados puertos españoles-, a cambio de la exclusividad para el ejercicio de las funciones de consignación en dichas terminales. Existe, por tanto, una reciprocidad de prestaciones que cumple las exigencias de bilateralidad que derivan del *artículo 1.1 de la mencionada Ley*.

Esta conclusión es aplicable a cualquiera de los dos aspectos que contempla la sentencia, pues en el caso primero, de que REPSOL tuviese facultad para designar consignatario, la conducta paralela viene determinada por el acuerdo de ambos de aplicar a todos los buques consignados la tarifa ANESCO vigente en cada momento y demás condiciones comerciales, y en el segundo caso en el que la designación del consignatario correspondiese a un tercero, porque mediante el acuerdo concertado, se imponía al naviero una elección obligatoria entre los consignatarios comprometidos con REPSOL.

En cualquier caso, aunque este segundo supuesto no se hubiese acreditado, bastaba el primero para incluir la conducta en la prohibición, habida cuenta de que en los casos en que la designación correspondía a REPSOL se limitó el número de consignatarios que podía ser nombrados, incidiéndose en el apartado a) del mencionado *art. 1.1. LDC*, en cuanto se fijaba de forma directa los precios y condiciones comerciales del servicio.

El Tribunal de Defensa de la Competencia razona en el fundamento jurídico quinto los motivos por los que no se imputó ni se sancionó a las empresas consignatarias que suscribieron el modelo de homologación propuesto por REPSOL. Al margen de que pueda discutirse si la desproporción de medios e intereses entre las partes es causa de exculpación de las mismas, sí que es suficiente para rechazar la lesión del principio de igualdad que se invoca por la parte recurrida, dado la distinta situación en que se encuentran los consignatarios respecto de REPSOL. No existe, por tanto, discriminación en la aplicación de la ley, ya que resulta razonable y justificado el distinto tratamiento que se ha dado a unos y otros.

TERCERO.- Ya en la posición de Tribunal de instancia, conforme a lo establecido en el *art. 95 de la Ley Jurisdiccional* procede rechazar los motivos de impugnación invocados en la demanda, por las siguientes razones:

1º En relación con la caducidad de los procedimientos referidos a la fecha en que se incoa el expediente esta Sala ha dicho en sus sentencias de 31 de abril de 2004 y 21 de febrero de 2006, entre otras:

[...] Pues bien, es preciso partir del hecho de que hasta la introducción del *artículo 56 de la Ley de Defensa de la Competencia* por la *Ley 66/1997*, no había ninguna previsión específica de un plazo máximo de duración de los expedientes sancionadores en la materia cuya extralimitación supusiera la caducidad del expediente. En efecto, ni en la propia Ley de Defensa de la Competencia ni en los Reglamentos de funcionamiento del propio Tribunal (*Real Decreto 538/1965, de 4 de marzo*) o del Servicio de Defensa de la Competencia (*Real Decreto 422/1970, de 5 de febrero*) se contempla plazo alguno de caducidad, sino tan sólo plazos concretos para los sucesivos trámites que se han de seguir en un expediente sancionador; de las tres normas citadas, tan sólo el *Real Decreto 422/1970* contempla un plazo global de seis meses para la instrucción del expediente por parte del Servicio (*artículo 26.1*), pero tampoco lo configura como un plazo de caducidad.

La inexistencia de plazo máximo de duración del procedimiento en la propia normativa de defensa de la competencia plantea la necesidad de dilucidar la aplicabilidad en la materia -y hasta la introducción del *artículo 56 de la Ley de Defensa de la Competencia en 1.997* - del plazo de caducidad estipulado en el *artículo 20.6 del Reglamento* sobre procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993 en cumplimiento del mandato contenido en la *disposición adicional tercera de la Ley 30/1992*. De ser aplicable ciertamente se habría producido la caducidad del expediente origen del presente recurso -cuya duración fue de casi dieciocho meses-, puesto que el citado *artículo 20.6* establece un plazo de seis meses para dictar la resolución sancionadora, transcurrido el cual se iniciaría el plazo de caducidad de 30 días previsto en el *artículo 43.3 de la Ley 30/1992* en su redacción anterior a la reforma

operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, según establece expresamente el propio *artículo 20.6 del Reglamento*.

Sin embargo, tiene razón la Sentencia impugnada al entender que la aplicación de la *Ley 30/1992* a los procedimientos de defensa de la competencia es supletoria en lo que sea compatible con la naturaleza de los procedimientos regulados en la Ley de Defensa de la Competencia. Así lo dispone el *artículo 50 de esta Ley*, debiendo entenderse hoy la remisión a la *Ley de Procedimiento Administrativo de 1.958* a la *Ley 30/1992*. Por su parte, ésta última *Ley, como lex posterior, señala en su Disposición derogatoria, apartado 3*, que "se declaran expresamente en vigor, cualesquiera que sea su rango, que regulen procedimientos de las Administraciones Públicas en lo que no contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley". Finalmente, lo previsto por la *Disposición Adicional Séptima de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas, Fiscales y de Orden Social*, evita cualquier duda al respecto, al determinar que "los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por sus normativas específicas y supletoriamente por la *Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*". Así pues hay que estar en relación con la cuestión que nos atañe sobre duración del procedimiento sancionador en defensa de la competencia a lo previsto en la propia *Ley 16/1989*, siendo la *Ley 30/1992* supletoria en lo no previsto por aquélla.

Pues bien, llegados a este punto hay que concluir que a la vista de los plazos parciales que la propia Ley de Defensa de la Competencia o sus reglamentos de desarrollo contemplan para los diversos trámites -entre los que destaca el de seis meses sólo para el procedimiento de instrucción por el Servicio de Defensa de la Competencia- no puede considerarse aplicable, por resultar incompatible con la regulación específica en la materia, el plazo que se alega por las recurrentes de seis meses contemplado en el *artículo 20.6 del Reglamento* para el ejercicio de la potestad sancionadora que desarrolla la *Ley 30/1992*, que da paso al plazo de caducidad de 30 días previsto en el anterior *artículo 43.3 de la Ley 30/1992*. Esta ha sido la postura reiteradamente mantenida por el propio Tribunal de Defensa de la Competencia (por todas, Resolución de 21 de junio de 1.999), que, en un examen de los diversos trámites previstos por la Ley de Defensa de la Competencia ha señalado:

"Otra razón fundamental para la no aplicabilidad del citado *art. 43.4*, es la multitud de trámites que han de seguirse en dos órganos sucesivamente para que se produzca una resolución que, aun con plazos breves y tasados, haría absurda la aplicación a este procedimiento del plazo de 6 meses establecido en el RD 1398/1993, que está previsto para actuaciones generales de la Administración en el ámbito sancionador. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991 establece que las leyes no pueden interpretarse de forma que conduzcan a resultados absurdos.

La LDC no establecía plazos máximos de tramitación, sino plazos para los múltiples trámites previstos en ella, pues se trata de un singular y especial procedimiento a dos niveles: instrucción en el Servicio de Defensa de la Competencia y resolución por el Tribunal. El procedimiento en el Servicio incluye la instrucción de una información reservada, en su caso, la incoación del expediente, la publicación de una nota sucinta en el BOE o en un diario para que cualquiera pueda aportar información en un plazo de hasta 15 días, la práctica de los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades, el establecimiento de un Pliego de concreción de Hechos, su notificación a los infractores para alegaciones y proposición de pruebas por plazo de 15 días, la valoración de pruebas por plazo de 10 días y la redacción del informe que se eleva al Tribunal (*arts. 36 y 37 LDC*). Llegado el expediente al Tribunal, éste resolverá sobre su admisión en el período de 5 días, poniendo el expediente de manifiesto a los interesados y concediéndoles un período de 15 días para proposición de pruebas y solicitud de celebración de vista; sobre la pertinencia de las pruebas el Tribunal resolverá en el plazo de 5 días; practicada la prueba ante el Tribunal (al menos 20 días), su resultado se pondrá de manifiesto a los interesados para su valoración por un plazo de 10 días; pasando, por fin, a vista o conclusiones (plazo de 15 días), salvo que se aplase la resolución por acordarse diligencias para mejor proveer o por concurrencia con procedimiento en Órganos Comunitarios europeos (*arts. 39 a 44*). A dichos plazos hay que añadir los de notificación de los citados actos y de recepción de los escritos de los interesados, que pueden presentarlos en multitud de dependencias (*art. 38 Ley 30/1992*).

Los plazos que la LDC establece para cada uno de los trámites constituyen un equilibrio de garantías para las partes en litigio, asegurando el derecho de contradicción y la igualdad de armas, que hacen imposible que el procedimiento pueda finalizar en su fase administrativa en el plazo de seis meses previsto como norma general por el RD 1398/1993. Este hecho es reconocido en la *Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social* que, aparte de establecer en su *disposición adicional séptima* que "los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por su normativa específica y supletoriamente por la *Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*", añade un nuevo

artículo 56 a la LDC, limitando el plazo máximo de duración del procedimiento a 18 meses ante el Servicio y 12 meses ante el Tribunal con posibilidad de interrupciones por diversas causas." (fundamento de derecho segundo de la Resolución citada) [...] (fundamento de derecho tercero de la Sentencia de esta Sala de 31 de abril de 2.004)

2º Con respecto a la falta de práctica de prueba, la parte recurrente tuvo la oportunidad de proponer y practicar la que estimó conveniente en la vía jurisdiccional, lo que supone que no haya indefensión determinante de nulidad, máxime cuando la denegación de los medios de prueba solicitados se hizo fundadamente en las resoluciones del Servicio y del Tribunal de Defensa de la Competencia (folios 2127 y 2128 y 463 respectivamente del expediente). En efecto, se dice:

"1.- La documentación que conforma el expediente acredita cada una de las infracciones de las que REPSOL es autor y responsable directo, sin que deba practicarse prueba alguna sobre hechos de los que no ha sido inculpado como son las señaladas en el apartado A) de su solicitud.

2.- En cuanto a la petición de que se oficie a los armadores para que aseveren que REPSOL nunca ha ejercido presión o ha intervenido en la designación de agentes consignatarios cuando por contrato la elección del mismo les corresponde, debe decirse que existe suficiente prueba documental sobre las intervenciones realizadas ante los armadores para la designación de agentes consignatarios aún cuando por contrato la elección del mismo les corresponde a aquellos.

3.- En cuanto a la petición de que se oficie a los consignatarios que habían iniciado la homologación para que manifiesten que REPSOL no les ha obligado a aplicar el Manual Operativo, ni han suscrito ningún Convenio de Colaboración, ni tampoco se ha puesto en práctica, siquiera parte de su contenido y que REPSOL no les ha pedido ninguna contraprestación por su homologación, incluida la percepción de comisiones, debe rechazarse pues su práctica no desvirtuaría la documentación ya aportada en la que se constata la existencia y aplicación del Manual Operativo y de los acuerdos de colaboración con los agentes consignatarios, así como del pago de comisiones, calculadas sobre la base de las Tarifas ANESCO, en contraprestación por sus servicios.

4.- La prueba señalada como la letra D), bien podría haber sido aportada por la propia solicitante, suponiendo su solicitud un intento de dilación de la resolución definitiva del expediente.

5.- El presente expediente no está poniendo en duda el derecho que asiste a los consignatarios de poder realizar ofertas comerciales al resto de agentes que intervienen en el comercio marítimo, sino el hecho de la implantación de un sistema centralizado y homogéneo por parte de REPSOL que tiene como efecto la eliminación de parte de los agentes que operan en el mercado de consignación sin que REPSOL haya solicitado formalmente su autorización y haya aportado las pruebas de los supuestos beneficios que el mismo reporta al mercado y a los consumidores".

Motivos de denegación que esta Sala considera irreprochables.

3º Concretado el procedimiento a los puertos en los que REPSOL actuaba como concesionario de las terminales de carga y descarga, su influencia en los mismos era relevante, de forma tal que podía influir de manera decisiva en los consignatarios que desempeñaban sus funciones en dichos puertos, hasta el punto de que por el sistema de homologación excluía prácticamente a cualquier consignatario. Desde esta perspectiva no es posible aplicar las excepciones derivadas de la normativa comunitaria, que contemplan posiciones de poder muy inferiores a las que aquí se examinan.

4º El examen del expediente pone de manifiesto la realización de la conducta infractora (folios 2081 y siguientes). En efecto, mediante Circular de 7 de abril de 1997, remitida por el Departamento de Fletes de Repsol a todos sus terminales se dice:

"Por la presente te informo que después de un largo proceso de consultas a todas las partes implicadas estamos procediendo a firmar los contratos con los nuevos Agentes Consignatarios homologados por Repsol Petróleo.

Para tu conocimiento te adjunto el Manual definitivo que ha sido corregido en lo posible por las sugerencias recibidas de los terminales y demás partes implicadas y aprobado por la Asesoría Jurídica.

En la página 34 (Anexo 3) figuran los Agentes homologados para operar en el terminal que tu diriges, por lo que te ruego des las instrucciones necesarias al Jefe de Terminal para que, en las operaciones de carga y descarga procedentes de compras y ventas de Repsol Petróleo no permitan operar a ningún Agente

no homologado sin consultar previamente a esta Subdirección.

Esta normativa excluye las operaciones de otras Empresas del Grupo como Repsol Butano, Repsol Química, CLH, ENAGAS, etc. y todas las operaciones que aún siendo de Repsol Petróleo se realicen en buques de CLH.

Por nuestra parte en los fletes directos de Repsol Petróleo ya estamos cerrando los Contratos de Fletamento con una *Cláusula de Agencias en las que el Armador se compromete a nominar uno de los Agentes homologados*.

En las operaciones derivadas de compras CIF y ventas FOB se está estudiando incluir una Cláusula en el Contrato de Compraventa por la que el Comprador/Vendedor incluirá, en su Contrato de Fletamento siempre que sea posible, una Cláusula con la lista de nuestros Agentes Homologados como únicos Agentes autorizados a operar en nuestros terminales.

Todo esto no afecta a los Agentes que actúen como Agentes Protectores contratados por el Armador, los cuales podrán actuar libremente.

Rogamos instruyas al Jefe de Terminal que cualquier desvío en el cumplimiento de lo establecido en el adjunto Manual por parte de los Agentes Homologados nos lo comunique a la mayor brevedad con objeto de tomar las medidas oportunas.

No dudes en consultarnos cualquier aclaración.."

A partir del mes de abril de 1997 Repsol comenzó a incluir en los contratos de fletamento de las operaciones Compras CIF y Ventas FOB (en buques ajenos no fletados por Repsol y en las que no es propietario de la carga) cláusulas mediante las que se impedía la libre elección de consignatario por parte del naviero y se exigía a éstos que solo podrían optar entre aquellas empresas consignatarias homologadas por Repsol. Exigencia que a partir de dicho mes se materializó a través de presiones a los navieros. Concretamente:

"Fax del armador Gaschem a la empresa consignataria IMT en el que se afirmaba: "entendemos por Dow que Repsol y Uds. tienen alguna clase de no aceptación por parte de ellos. Rogamos clarificarlo con ellos directamente, ni nosotros ni Dow queremos vernos envueltos en estas cuestiones. Por tanto, esperamos que Uds puedan convencer a Repsol aceptar que Uds. actúen en representación nuestra".

Fax del armador Stolt a IMT en el que se afirmaba: "Ruego tenga por comunicado que desgraciadamente Uds. no atenderán el Stolt Spray en representación nuestra".

Fax de Repsol al fletador Trammochem en el que se afirmaba: "Siguiendo nuestra conversación en relación con los agentes del buque, tenga en cuenta que no aceptamos a IMT prestando sus servicios de agencia en el puerto de carga porque no están autorizados a entrar en la terminal de Repsol. Estaríamos muy agradecidos si pudiera nominar a algún otro".

Respuesta-consecuencia, fax de Chimedimare a IMT: "lamentamos mucho informarles que, por exigencia del cargador, los armadores nos vemos obligados a nominar a otros agentes".

Fax del armador Aksay Istanbul a IMT: "acabamos de ser advertidos de que Repsol sólo acepta sus agentes homologados para ambos puertos".

Fax de Repsol a Enron Capital and Trade Res. Ltd.: "remito los agentes con los que Repsol suele trabajar (...) entre otros".

Fax del armador Seatrans Ermefer Tankers a IMT: "confirmamos que Travima actuará como agente para la carga de benceno concentrado que se cargará en el puerto de Tarragona. No obstante, les rogamos que cubran por cuenta nuestra los costes de la escala del buque. Travima ha sido informada sobre ello. Por favor, manténgales asimismo informados sobre la disponibilidad de carga del buque en Tarragona. Por favor, sean tan amables de confirmar lo anterior. Lamentamos esto, pero podemos asegurarles que hemos hecho todo lo que hemos podido para presionar y mantenerles como agente también de esta partida. No obstante, para conseguir la carga teníamos que nombra "uno de los 6".

Fax del armador Gaschem a IMT: "muy a nuestro pesar tenemos que informarles que tenemos que

retirar nuestro nombramiento como agentes debido a obligaciones exógenas".

Repsol, respecto de las relaciones contractuales con los agentes consignatarios reconoce:

"...Los acuerdos comerciales no están reflejados en ningún pacto escrito, y no plantean ninguna cuestión de exclusividad ni de duración, estableciendo únicamente la obligación de prestar sus servicios eficientemente y devolver al fletador una cantidad de las tarifas cobradas por éste al armador", y respecto a las tarifas aplicables "...La única obligación que Repsol tiene previsto incluir en los borradores de los Convenios de Colaboración en poder de esa Dirección General es su *cláusula primera*, apartado d) que reza: "el Agente se compromete a aplicar las tarifas de referencia de ANESCO, que forman parte de los costes de puerto tomados por Worldscale como base para el cálculo del flete a pagar por el Fletador al Armador, pudiendo ofrecer a éstos únicamente las rebajas o descuentos comerciales que se correspondan con una práctica leal en el mercado".

El procedimiento de homologación se ha plasmado definitivamente con la confección y aplicación de los siguientes documentos:

a) Procedimiento de Homologación de Agentes Consignatarios.

b) Manual Operativo para Agentes Homologados."

5º Como señala el TDC la conducta debe considerarse como grave en cuanto afecta al interés público de un régimen competitivo, y debe reputarse proporcional atendida la pluralidad de actos y la duración de la infracción. La desigualdad que se alega en relación con la impuesta a ANAVE (10 millones de pesetas) no se produce habida cuenta de la diferente conducta que se aprecia en uno y otro caso, celebración de contratos en el presente, y meras recomendaciones en el de ANAVE, mucho más importante en el primero que en el segundo, lo que el *artículo 10 de la LDC* tiene en cuenta para ponderar la multa -"atendiendo a la importancia de la infracción", dice-.

CUARTO.- No se dan circunstancias de costas en la primera instancia, debiendo cada parte satisfacer las suyas en esta casación, de conformidad con el *art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional*.

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

FALLAMOS

Que declaramos haber lugar y, por lo tanto, ESTIMAMOS el presente recurso de casación nº 10886/2004, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 4 de octubre de 2004; y debemos DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº 1059/2001, declarando conforme a Derecho la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 10 de septiembre de 2001; sin expresa condena en las costas de esta casación, debiendo cada parte satisfacer las suyas en cuanto a las de la instancia.

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.