

RESOLUCIÓN (Expte. 499/00, IMT/Repsol)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, José Juan
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 10 de septiembre de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Sr. Huerta Trolèz, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente 499/00 (1658 y 1675/97 del Servicio de Defensa de la Competencia), iniciado por denuncias formuladas por los representantes de Ibérica Marítima de Tarragona S.A. y otros contra Repsol Petróleo S.A., Petronor S.A. y otras sociedades mercantiles, por conductas supuestamente prohibidas por los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistentes en abuso de posición dominante y realización de acuerdos colusorios.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En fecha 21 de julio de 1997 la entidad Ibérica Marítima de Tarragona formuló denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia contra la empresa mercantil Repsol Petróleo S.A. por haber incurrido en prácticas anticompetitivas sancionadas por los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia. A su vez, el día 12 de agosto de 1997 Juan Correa S.A. presentó denuncia contra Repsol Petróleo S.A., Petronor S.A. y varias empresas dedicadas a la consignación de buques, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la misma Ley.
2. El Servicio, una vez practicadas las comprobaciones oportunas, resolvió la admisión a trámite de las denuncias, su acumulación y la

incoación de expediente administrativo mediante Providencia de 14 de octubre de 1997 y, una vez concluida la instrucción del Expediente, el 23 de junio de 2000 acordó su sobreseimiento parcial, en relación con la denuncia a Petronor S.A. y a las empresas consignatarias denunciadas, así como de todas las relativas a un supuesto abuso de posición dominante por parte de Repsol. Finalmente, el Servicio remitió el Expediente al Tribunal, junto a un informe-propuesta, en el que, de conformidad con el Pliego de Concreción de Hechos, calificaba el resto de los hechos denunciados como constitutivos de tres infracciones del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, de las que consideró responsables, respectivamente, a Repsol Petróleo S.A., ANESCO y ANAVE.

3. Recibido el Expediente en el Tribunal, El Pleno del mismo, por medio de Providencia de 20 de septiembre de 2000, acordó su admisión a trámite y su puesta de manifiesto a los interesados para que en el plazo legal puedan proponer las pruebas que a su derecho convengan y solicitar la celebración de vista, lo que se comunicó al Servicio y se notificó a los interesados.

Una vez practicadas las pruebas, mediante Auto de 6 de julio de 2001 se concedió a los interesados los plazos legales sucesivos para su valoración y para la presentación de sus escritos de conclusiones.

4. El Pleno del Tribunal deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 6 de septiembre de 2001.
5. Son interesados:
 - Repsol Petróleo S.A.
 - Asociación de Navieros Españoles (ANAVE)
 - Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO)
 - Ibérica Marítima de Tarragona S.A.
 - Juan Correa Gutiérrez, representante de Juan Correa S.A., en liquidación.
 - Hellenico Consorcio Marítimo S.L. y Hellenica Marítima S.L.
 - Correa Agencia Marítima S.L.
 - Eurotránsitos y Consignaciones Marítimas Euromarco S.L.

HECHOS PROBADOS

1. Durante los primeros meses del año 1997 la compañía mercantil Repsol Petróleo S.A. llevó a cabo un procedimiento de homologación de agentes consignatarios, destinado a que sólo aquellos que cumplieren los requisitos y aceptaran las condiciones impuestas unilateralmente por Repsol pudieran actuar en la consignación de todos los buques que operasen en las terminales de carga y descarga de los puertos españoles de Cartagena, La Coruña, Málaga y Tarragona, de las que Repsol era titular en virtud de concesión administrativa, tanto si se trataba de buques propiedad de Repsol o fletados por ésta, como también cuando se trataba de buques propiedad o fletados por terceros.

En el curso de dicho proceso de homologación, Repsol difundió entre los interesados un documento fechado en abril de 1997, denominado “Procedimiento de homologación de Agentes Consignatarios”, en el que estableció unos requisitos mínimos para la homologación de éstos, diferentes de los exigidos por la Autoridad Portuaria, que es la encargada de conceder las autorizaciones para ejercer la actividad de consignatario de buques, y elaboró un “Manual operativo para Agentes Homologados”, igualmente en abril de 1997, que contiene, entre otros, los siguientes apartados:

“Con vistas a llevar el control de la gestión, es imprescindible contar con una información clara y puntual de todas las consignaciones realizadas por cada Agente.

Para ello, el último día del mes, todos los Agentes homologados deberán enviar a esta Sección de Flota y Agencias del Departamento de Fletamentos, una hoja que contenga una relación de todos los buques consignados por el Agente, que hayan llegado al puerto durante el mes, ordenada por orden de fecha de llegada.

Los datos que deberán figurar en la hoja serán:

... 10. Tarifa de Agencia oficial + recargos.

11. % de rebaja acordada con el Fletador/Armador.”

Finalmente, elaboró un modelo de “Convenio de colaboración entre Repsol y los Agentes homologados”, en el que se incluye la condición de que “el Agente se compromete a aplicar las tarifas de referencia de la Asociación Nacional de Estibadores y Consignatarios, que forman parte de los costes de puertos tomados por Wordscale como base para el cálculo de 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.

Para una mayor transparencia, el Agente enviará a Repsol copia de los télex proforma de gastos de escala acordados con el armador”.

2. La mayor parte de los consignatarios establecidos en los puertos de Cartagena, La Coruña, Málaga y Tarragona se sometieron al procedimiento de homologación puesto en marcha por Repsol, habiendo obtenido la aceptación de ésta para operar en sus terminales las empresas Bergé, Consiflet, Dionisio Tejero y Pérez Torres, de La Coruña, Erhardt, Ership, Vicente Serrat Andreu y AMT, de Cartagena, Cabeza, AMT, Condeminas y Servimad, de Málaga, y Aarus, Ership, Mardedsa, AMT, Pérez y Cía, Platinex, Bergé y Travima, de Tarragona.

La homologación implicaba la aceptación por parte de las empresas consignatarias, de las condiciones impuestas por Repsol para poder ejercer su actividad en los muelles de que ésta era titular y, al menos una de ellas, AMT, realizó un contrato por escrito con Repsol, en el que se incluyen, entre otras, las siguientes estipulaciones:

“Repsol Petróleo, salvo circunstancias excepcionales, solamente permitirá actuar como Agente Consignatario en sus terminales marítimos a sus Agentes Homologados.

Para ello Repsol Petróleo facilitará una lista con los Agentes Homologados a los Armadores en los fletamentos directos y a Vendedores/Compradores en las operaciones de carga o descarga que se deriven de ventas FOB y compras CIF, con objeto de que elijan el Agente que más le interese, a la vez que se le informa que no podrá operar en el terminal ningún Agente no incluido en la mencionada lista.

Tarifas. El Agente se compromete a aplicar a todos los buques consignados por la aplicación del contrato, la tarifa ANESCO vigente en cada momento.

Contraprestación. Como contraprestación contractual el Agente abonará a Repsol Petróleo una cantidad igual al 40% de las comisiones totales obtenidas por la consignación de buques gestionados en aplicación de este contrato

Procedimiento financiero. El último día hábil de cada mes el Agente enviará la relación de todos los buques consignados durante el mes, con detalle de las comisiones acordadas con el Armador.

Repsol Petróleo con los datos recibidos confeccionará la correspondiente factura, en la que se incluirá el Impuesto sobre el Valor Añadido aplicable en cada momento. La factura será enviada al Agente para su inmediato pago.

Buques de Repsol. En el caso particular de los buques propiedad u operados por Repsol Petróleo o Petronor en Time Charter, cuando operen en los terminales de Repsol o en algún otro puerto donde el Agente tenga oficina, éste efectuará la consignación, siendo en este caso la tarifa a aplicar el 50% de la Tarifa ANAVE ...”.

3. Para asegurar el cumplimiento de su finalidad de que sólo operasen en sus terminales los consignatarios homologados, incluso cuando se tratase de la consignación de buques no pertenecientes a Repsol ni fletados por ésta, dicha Compañía se dirigió a los navieros y armadores cuyos buques solían transportar carga hasta sus terminales, para comunicarles la relación de Agentes consignatarios que podían designar para representarles en sus muelles, es decir, aquéllos que la propia Repsol había homologado.

Finalmente, el día 18 de junio de 1998, Repsol Petróleo comunicó al Servicio de Defensa de la Competencia la suspensión indefinida de la exigencia de homologación para los Agentes consignatarios.

4. La Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO), al menos desde 1994 hasta 1997, publicó anualmente unas tarifas de Despacho de Buques en Consignación, dirigidas a las empresas consignatarias asociadas, con el fin de unificar las tarifas que las asociadas debían cobrar a las navieros y armadores por la consignación de sus buques.

El día 15 de junio de 1994 ANESCO presentó a la Comisión Europea una petición oficial, en formulario A/B, solicitando que se le concediera la exención de las tarifas publicadas, no obteniendo una respuesta concreta hasta el 16 de enero de 1997, en que la Comisión le remitió una comunicación en la que se señalaba que los acuerdos notificados no parecían reunir las condiciones necesarias para la concesión de una exención en virtud del artículo 85 del Tratado CE y se invitaba a ANESCO a presentar sus observaciones, lo que dicha Asociación llevó a cabo el 3 de marzo de 1997, sin que hasta la fecha haya obtenido una respuesta definitiva a su solicitud. Una vez conocida la incoación del presente Expediente, ANESCO, en la Asamblea General Ordinaria celebrada el día 17 de diciembre de 1997, acordó suspender la

publicación de sus Tarifas de Despacho de Buques para el año 1998, sin que, hasta la fecha, conste que se hayan acordado nuevas tarifas para las anualidades sucesivas.

5. La Asociación Nacional de Navieros Españoles (ANAVE) ha elaborado y remitido anualmente a sus asociados, al menos desde 1995 a 1998, bajo la denominación de Tarifas y Condiciones para Despacho de Buques Españoles que no sean de línea regular, de aplicación en todos los puertos españoles, una relación de tarifas que recomienda a sus asociados como máximas para abonar los servicios por despacho de buques de las características indicadas, acompañando como Anexo, al menos en las correspondientes a los años 1995 y 1996, una relación de las empresas consignatarias que se habían mostrado de acuerdo con ANAVE en aplicar dichas tarifas. Las últimas tarifas publicadas son las correspondientes al año 1998.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Los hechos que se declaran probados se encuentran acreditados en las actuaciones por prueba directa, sometida a la contradicción de las partes interesadas, y así:
 - A) El denominado proceso de homologación de Agentes Consignatarios está probado por el propio reconocimiento de la imputada Repsol Petróleo S.A., ya desde los escritos remitidos por ésta al Servicio de Defensa de la Competencia durante la instrucción del expediente (folios 241 y ss, 482), habiendo aportado a las actuaciones copia de los documentos denominados “Procedimiento de Homologación de Agentes Consignatarios” y “Manual Operativo para Agentes Homologados”, en los que figuran las cláusulas y condiciones que se recogen en el apartado primero de los Hechos Probados en esta Resolución.
 - B) En cuanto a la concurrencia de las empresas consignatarias al procedimiento de homologación y, consecuentemente, a su aceptación de las condiciones impuestas por Repsol, son hechos que quedan acreditados por el documento denominado Convenio de colaboración entre Repsol y los Agentes Homologados (fol. 539 a 542), elaborado y también aportado al expediente por Repsol, así como por el contrato suscrito con Repsol, con motivo de su homologación, por la empresa consignataria ATM (fol. 1161 a 1166, Expt. 1675). En otros casos, según manifiesta expresamente

Repsol, los acuerdos comerciales no están reflejados en ningún pacto escrito (fol. 584).

- C) Respecto a la política seguida por Repsol para asegurar el cumplimiento de su finalidad de impedir la actuación en sus muelles de los consignatarios no homologados, con independencia de quién fuera el naviero o el fletador del buque, resulta probada por la copia de las comunicaciones mantenidas entre armadores y fletadores, como el fax del armador Askay Estambul a IMT (fol. 794), de 3 de noviembre de 1997, en el que se afirma “acabamos de ser advertidos de que Repsol sólo acepta sus agentes homologados para ambos puertos” o el fax de Repsol al fletador Enron Capital & Trade Res. Ltd. (fol. 797), de 26 de marzo de 1998, en el que se expresa: “remito lo agentes con los que Repsol suele trabajar...”.
- D) La elaboración y difusión de unas Tarifas de Despacho de Buques unificadas por parte de ANESCO es un hecho reconocido por la propia Asociación y se encuentra documentada en las actuaciones con las copias aportadas por ésta, entre las que se encuentran las de las tarifas aplicables para los años 1996 y 1997 (fol. 1576 y ss), así como por el contenido de las actas de las Asambleas Generales de la Asociación, en las que se hace referencia a dichas tarifas y, finalmente, por la documentación relativa a la solicitud de autorización formulada ante la DG IV de la Comisión Europea.
- E) Por último, las “Tarifas y Condiciones para Despacho de Buques Españoles que no sean de línea regular de aplicación en todos los puertos españoles”, se contienen en las Circulares emitidas por la Asociación de Navieros Españoles (ANAVE) de 26 de diciembre de 1995, 31 de diciembre de 1996, 3 de enero de 1997 y 4 de febrero de 1998, que, bajo la denominación indicada, contienen “las tarifas máximas que ANAVE recomienda sean abonadas por sus asociados ... en concepto de servicios por despacho de buques nacionales...” Por otra parte, la Circular del 26 de diciembre de 1995, después de reseñar las tarifas máximas que se recomienda abonar a sus asociados, señala que “con objeto de prevenir la posible aplicación de otras tarifas más elevadas no incluidas, nos permitimos sugerirles que recomienden a sus departamentos comerciales para que procedan con la mayor cautela en los casos en que los fletadores insistan en la designación de Agentes (Charter’s Agent), haciéndoles saber a los fletadores las tarifas máximas que están dispuestos a abonar y la relación de agentes que están dispuestos a aceptarlas”.

2. El Servicio de Defensa de la Competencia, en relación con los hechos fijados en el Pliego de Concreción de Hechos, imputó los siguientes cargos:

- A REPSOL PETROLEO S.A.:

- 1) Una infracción del artículo 1.1.a) LDC al redactar un Manual Operativo para Agentes Homologados.
- 2) Una infracción del artículo 1.1.a) LDC al redactar y aplicar un Convenio de colaboración con los Agentes Homologados.
- 3) Una infracción del artículo 1.1.a) LDC al redactar y aplicar un contrato con empresas consignatarias homologadas.

- A la Asociación Nacional de Estibadores y Consignatarios de Buques (ANESCO):

Una infracción del artículo 1.1.a) LDC por fijación de precios aplicables a los servicios de consignación.

- A la Asociación de Navieros Españoles (ANAVE):

Una infracción del artículo 1.1.a) LDC por fijación de precios aplicables a los servicios prestados por las empresas navieras.

3. Frente a tales imputaciones los interesados han alegado básicamente lo siguiente:

A) Repsol Petróleo S.A. comienza alegando la caducidad del expediente, pretendiendo que, ante la ausencia de un plazo de caducidad propio para este específico procedimiento, al tiempo de la incoación del expediente, debió haberse aplicado el plazo de seis meses establecido por el artículo 20 del Real Decreto 1398/93, por el que se aprobó el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.

Seguidamente, niega los hechos, en cuanto que afirma que Repsol no ha implantado el sistema de homologación de consignatarios, argumenta que la implantación de un sistema de homologación como el que se le imputa constituye un acto unilateral, que no sería sancionable conforme al artículo 1 LDC y concluye afirmando que, en todo caso, la conducta imputada no es capaz de producir efectos contrarios a la libre competencia ya que, fuera de los casos en que

puede designar libremente al consignatario, Repsol sólo podría proponer a la contraparte una lista de consignatarios, correspondiendo a dicha contraparte su aceptación o denegación. Finalmente, alega que los acuerdos imputados no deben ser sancionados, al tratarse de acuerdos de menor importancia.

- B) La Asociación Nacional de Estibadores y Consignatarios de Buques (ANESCO), solicita la no imposición de sanciones por el hecho que se le imputa, alegando haber actuado conforme a las reglas de la buena fe procesal, ya que el día 15 de junio de 1994 había solicitado ante la Comisión de las Comunidades Europeas la exención de sus tarifas y que, una vez conocida la incoación de este expediente, dejó de aplicar voluntariamente la recomendación de Tarifas por Despacho de Buques, que no se ha llevado a cabo desde el año 1997.
 - C) La Asociación de Navieros Españoles (ANAVE) argumenta que las recomendaciones de Tarifas a abonar por sus asociados a los agentes consignatarios estaban justificadas, ya que respondieron a una espectacular subida de las Tarifas de ANESCO, y añade que dichas recomendaciones no tuvieron un seguimiento práctico en la mayoría de los casos y que no afectaron a una parte sustancial del mercado.
 - D) Finalmente, las partes denunciante que han comparecido en este trámite, Juan Correa S.A. en liquidación e Ibérica Marítima de Tarragona S.A., asumen y reproducen los argumentos del Informe-Propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia, en relación con las imputaciones contenidas en el Pliego de Concreción de Hechos, que son las que fijan el ámbito objetivo de este expediente.
4. La imputada Repsol Petróleo S.A. plantea como cuestión previa la de la caducidad del expediente, al haber rebasado su fase de instrucción el plazo de seis meses que, según entiende, sería aplicable a este procedimiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 del Real Decreto 1398/93, por el que se aprobó el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, al haberse incoado el expediente con anterioridad a que la Ley 66/1997 introdujera en el artículo 56 LDC la limitación temporal de la fase de instrucción por el Servicio de Defensa de la Competencia a un máximo de dieciocho meses.

Este Tribunal ha abordado esta cuestión en numerosas ocasiones, estableciendo la doctrina de que la Ley de Defensa de la Competencia

es una ley especial, que contiene un conjunto normativo completo, tanto material como procedimental y que, por lo tanto, no son aplicables a sus procedimientos los preceptos de la Ley 30/1992 ni los de la reglamentación que los desarrolla, salvo con carácter supletorio, es decir, para llenar las lagunas legales, pero no para crear un procedimiento de características y alcance diferente del que regulaba la Ley 16/1989, que goza de unas características y trámites tan peculiares, frente al procedimiento administrativo general, como son la separación de la actividad instructora de la de fallo, la audiencia a las partes interesadas después de la notificación del Pliego de Concreción de Hechos y la posterior elaboración de un Informe-Propuesta, entre otros, que hacen de imposible aplicación la regla de caducidad en los plazos tan breves que regula el R.D. 1398/1993. En este sentido se pronuncian las Resoluciones 369/96, 428/98 y r 358/99, el Auto 369/96 y, utilizando fundamentos análogos, la STS de 26 de diciembre de 1996 (Fund. de Derecho Tercero.a). No procede, por lo tanto, estimar la alegación de caducidad del Expediente.

5. En cuanto a los hechos imputados a Repsol Petróleo S.A., relativos a la puesta en práctica de un procedimiento de homologación de los agentes consignatarios para que pudieran intervenir en la consignación de buques en las terminales portuarias de las que dicha sociedad es concesionaria, se trata de una conducta prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, que va dirigida, mediante la adopción de compromisos con los agentes homologados, a controlar el ejercicio de las funciones de consignación, impidiendo su desempeño a los agentes no homologados, incluso en aquellos supuestos en los que su designación corresponde a terceros.

En este sentido, aunque el Código de Comercio no define ni regula expresamente la figura del consignatario y sólo se refiere a ella ocasionalmente en algunos preceptos (art. 611), la Jurisprudencia ha confirmado esta figura como la de un auxiliar del naviero, encargado de llevar a cabo por cuenta de éste la descarga de las mercancías y su entrega a los destinatarios (STS de 8-10-1966 y 15-6-1991). Por ello, la designación del consignatario es libre para el naviero, salvo que éste haya acordado con el fletador que sea éste el que lo designe, mediante la inclusión de una cláusula especial en el conocimiento de embarque. De esta manera, los acuerdos de homologación llevados a cabo por Repsol y determinadas empresas consignatarias, que a su vez se comprometen a uniformizar sus tarifas y prestaciones, cuando son impuestos a terceras partes (los navieros y fletadores ajenos a Repsol que han de desembarcar sus mercancías en las terminales de Repsol

de los puertos en los que ésta posee concesiones administrativas para su explotación), restringen la libertad de los navieros para la contratación de estos servicios, suponen una indirecta fijación de precios e impiden la libre competencia a las empresas consignatarias no homologadas, a los que se impide o dificulta la posibilidad de ser contratados por esos terceros.

Para salir al paso de las alegaciones de Repsol de que no llegó a poner en práctica el sistema de homologación, basta acudir a las pruebas practicadas, que quedan mencionadas en el apartado primero de estos Fundamentos Jurídicos, de las que resulta claramente lo contrario y así, el contrato suscrito entre Repsol y la empresa consignataria ATM y las comunicaciones por fax con navieros y armadores en las que se hace expresa referencia a los “agentes homologados” y se exige la designación de alguno de ellos, que ponen de manifiesto la realidad y el funcionamiento del procedimiento de homologación.

De la misma manera, no son atendibles las alegaciones de Repsol en cuanto a la imposibilidad de calificar los hechos imputados como una infracción del artículo 1 LDC, por tratarse de una conducta unilateral pues, como resulta de los hechos probados y se ha expuesto con anterioridad, los hechos sancionables son los acuerdos perfeccionados entre Repsol y las empresas consignatarias homologadas que, unas veces por pacto escrito (contrato con AMT) y otras veces por convenios comerciales no escritos, como reconoce la propia imputada en sus manifestaciones al folio 584 del Expediente, acuerdan la uniformidad de las tarifas y condiciones comerciales, a cambio de la exclusividad para el ejercicio de las funciones de consignación en las terminales de Repsol, aun en aquellos casos en los que la elección del consignatario pudiera corresponder a un tercero. Otra cosa es que no se haya imputado ni se sancione a las empresas consignatarias que suscribieron el modelo de homologación propuesto por Repsol, respecto de los que el Tribunal, siguiendo una doctrina ya reiterada en algunas Resoluciones (493/00 Cepsa, 468/99 Texaco 2, entre otras) y aplicable excepcionalmente a los supuestos en los que existe una acusada desproporción de medios e intereses entre las partes, estima que, si bien se consideran coautores materiales de la infracción, no deben ser sancionados por ello pues el procedimiento de homologación se ideó y diseñó íntegramente por Repsol, que llegó a elaborar incluso normas comunes de homologación, como se expone en el apartado primero de los Hechos Probados, sin que las empresas homologadas hicieran otra cosa o tuvieran otra aportación que la de prestar su asentimiento.

Finalmente, conviene recordar, ante las referencias hechas por esta parte imputada a la falta de efectos de las conductas imputadas y, paralelamente, a una supuesta indefensión, por la denegación de pruebas tendentes a demostrar que el procedimiento de homologación no había producido efectos sobre la competencia, que la producción de dichos efectos aparece ya acreditada en el expediente por las comunicaciones dirigidas a navieros en orden a la no aceptación de consignatarios no homologados o no incluidos en la lista de Repsol (ver Fundamento Jurídico Primero) y que, por otra parte, en este Expediente no se enjuician los perjuicios concretos producidos por una conducta determinada, cuya determinación debe hacerse ante órganos jurisdiccionales si procediera, sino la aptitud de una conducta para impedir, restringir o falsear la libre competencia, bastando que dicha conduzca produzca, tenga por objeto o pueda producir esos efectos.

6. Por lo que se refiere a la conducta imputada a ANESCO, es indudable que la recomendación de tarifas a los miembros de una Asociación empresarial, llevada a cabo en el seno de la misma, constituye una conducta reprochable desde el punto de vista de la libre competencia, al ir dirigida a eliminar o reducir la libertad de decisión individual de cada uno de los empresarios adoptados y, en ese sentido, debe ser calificada como un acuerdo prohibido por el artículo 1 LDC., del que es responsable ANESCO, que publicó durante varios años consecutivos, al menos desde 1994, sus Tarifas de Despacho de Buques, dirigidas a todos los agentes consignatarios asociados.

Sentado lo anterior, es necesario precisar que, como queda dicho en el relato fáctico de esta Resolución, ANESCO presentó ante la Comisión Europea una petición oficial, en formulario A/B, solicitando que se le concediera la exención de las tarifas publicadas, no obteniendo una respuesta concreta hasta el 16 de enero de 1997, en que la Comisión le remitió una comunicación en la que se señalaba que los acuerdos notificados no parecían reunir las condiciones necesarias para la concesión de una exención en virtud del artículo 85 del Tratado CE y se invitaba a ANESCO a presentar sus observaciones, lo que dicha Asociación llevó a cabo el 3 de marzo de 1997, sin que hasta la fecha haya obtenido una respuesta definitiva a su solicitud. Una vez conocida la incoación del presente Expediente, ANESCO, en la Asamblea General Ordinaria celebrada el día 17 de diciembre de 1997, acordó suspender la publicación de sus Tarifas de Despacho de Buques para el año 1998, sin que, hasta la fecha, conste que se hayan acordado nuevas tarifas para las anualidades sucesivas.

En este sentido, además de reconocer la buena fe demostrada por ANESCO en relación con la publicación de las tarifas y su disposición para acatar en todo momento las decisiones o indicaciones que se adoptaran, debemos acudir a lo dispuesto en el artículo 10.5 LDC, que exime de la imposición de multas a aquellos sujetos que, con anterioridad a la iniciación de una información reservada previa a la incoación de expediente sancionador, hubiera presentado notificación A/B ante los servicios de la Comisión Europea en aplicación del Reglamento del Consejo de la CEE número 17/62, precepto que, en cuanto más favorable al imputado, ha de ser aplicado retroactivamente, por lo que no procede la imposición de multa.

7. Por último, la conducta imputada a ANAVE es igualmente contraria a los principios de la libre competencia y ha de ser calificada como una infracción del artículo 1 LDC, ya que constituye una recomendación colectiva a los miembros de una Asociación empresarial, adoptada por sus órganos directivos, y tendente a unificar las condiciones y precios del mercado de la consignación de buques, sin que sea significativo, a estos efectos, salvo para graduar la gravedad de la infracción, el que esa recomendación haya sido finalmente seguida por todos o algunos de sus miembros pues, como queda dicho más arriba, para que la infracción se produzca es bastante con que la conducta imputada tenga aptitud para restringir o falsear la competencia, lo que indudablemente se produce cuando se incita a un colectivo empresarial a sujetarse en sus contrataciones a unas condiciones uniformes, pues ello reduce, cuando no elimina, la libre iniciativa empresarial que debe caracterizar en todo caso a los mercados en un régimen de plena competencia.

De la misma manera, tampoco es atendible la alegación de que la recomendación de tarifas tuvo un carácter meramente defensivo y que respondió a espectaculares subidas por parte de los consignatarios, pues dicha recomendación no tuvo un carácter excepcional, sino que se produjo regularmente cada año desde 1995 a 1998 y aún en años anteriores, como se desprende del contenido de la Circular de 26 de diciembre de 1995 que, al publicar las tarifas recomendadas para el año 1996, comienza señalando que dicha recomendación se hace “como en años anteriores”, lo que demuestra que, lejos de constituir una medida defensiva, dicha recomendación era una práctica habitual de la Asociación.

8. A la vista de las anteriores consideraciones, los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de:

A) Una infracción del artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, al haber adoptado la imputada Repsol Petróleo S.A. acuerdos con ciertas empresas consignatarias para la homologación de éstas, estableciendo precios y condiciones comerciales, de la que es responsable Repsol Petróleo S.A.

B) Una infracción del artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, al haberse adoptado en el seno de la Asociación de Estibadores y Consignatarios de Buques (ANESCO) el acuerdo de unificar las tarifas aplicables por los servicios de consignación de buques, de la que es responsable dicha Asociación.

C) Una infracción del artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, por haberse adoptado por la Asociación de Navieros Españoles (ANAVE) el acuerdo de recomendar a sus afiliados las tarifas máximas que debían abonar por sus servicios a los agentes consignatarios, cuya responsabilidad corresponde a la Asociación mencionada.

9. En cuanto a la sanción a imponer, es necesario partir de la base de la gravedad de las conductas que se sancionan que, en el caso de los acuerdos de homologación de agentes consignatarios, con imposición de tarifas y aptitud para restringir la libre competencia en el mercado de la consignación de buques, debe considerarse que incurre plenamente en la prohibición del artículo 1 LDC y, por tanto, es grave en cuanto que afecta al interés público que representa el ejercicio de las actividades comerciales en un régimen competitivo. De la misma manera, debe considerarse en todo caso grave la recomendación reiterada de tarifas por parte de ANAVE, tanto más al haberse producido desde una asociación empresarial, pues con ello se incrementa el riesgo de homogeneizar la actividad comercial de sus integrantes, vulnerándose el principio de independencia de comportamiento de los agentes individuales que operan en el mercado afectado, que es un elemento esencial para el ejercicio de la libertad económica.

Sobre esta base, es preciso considerar los demás elementos que el artículo 10 LDC establece como criterios determinantes para fijar la cuantía de la sanción y, como más destacados, la pluralidad de actos y conductas sancionables, la duración de la infracción, que sólo aparece acreditado en el expediente que fue cometida durante los años 1997 y 1998, en el caso de la imputación a Repsol y en los años 1995 a 1998

en el caso de la imputación a ANAVE y la dimensión de los mercados afectados, que es el mercado nacional de la consignación de buques.

Por todo ello, el Tribunal de Defensa de la Competencia

RESUELVE

1. Declarar que la compañía Repsol Petróleo S.A. ha incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, por haber realizado acuerdos con ciertas empresas consignatarias para la homologación de éstas, estableciendo precios y condiciones comerciales, de la que es responsable Repsol Petróleo S.A.
2. Declarar que la Asociación Nacional de Estibadores y Consignatarios de Buques (ANESCO) ha incurrido en una infracción del artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, al haberse adoptado en su seno el acuerdo de unificar las tarifas aplicables por los servicios de consignación de buques, de la que es responsable dicha Asociación.
3. Declarar que la Asociación de Navieros Españoles (ANAVE) ha incurrido en una infracción del artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, al haberse adoptado en el seno de la misma el acuerdo de recomendar a sus afiliados las tarifas máximas que debían abonar a los agentes consignatarios por los servicios que éstos le prestasen, de la que es responsable ANAVE.
4. Imponer a Repsol Petróleo S.A. una multa de cincuenta millones de pesetas.
Imponer a la Asociación de Navieros Españoles (ANAVE) una multa de diez millones de pesetas.
No imponer sanción a la Asociación Nacional de Estibadores y Consignatarios de Buques (ANESCO).
5. Intimar a Repsol Petróleo S.A, a ANESCO y a ANAVE para que se abstengan en lo sucesivo de realizar las prácticas sancionadas.

6. Ordenar a la Repsol Petróleo S.A. y a la Asociación de Navieros Españoles (ANAVE) la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de entre los cinco de mayor difusión en el ámbito nacional imponiéndoles una multa coercitiva de 100.000 pesetas por cada día de retraso en el cumplimiento de esta orden de publicación.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.