

Id. Cendoj: 28079230062004100750
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 30/09/2004
Nº de Recurso: 1062/2001
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a treinta de septiembre de dos mil cuatro.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo

Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 1062/2001, se tramita, a

instancia de la Asociación de Navieros Españoles, S.A. (ANAVE), representada por el Procurador

D. Rafael Delgado Delgado, contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha

10 de septiembre de 2001 (expediente 499/2000), sobre prácticas prohibidas, y en el que la

Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y ha

intervenido como parte codemandada Ibérica Marítima Tarragona, S.A., siendo la cuantía de este

recurso 60.101,21 euros (10 millones de pesetas).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 8 de noviembre de 2001, y la Sala, por providencia de fecha 15 de noviembre de 2001, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

Por escrito presentado el 7 de diciembre de 2001 compareció en autos la representación procesal de Ibérica Marítima de Tarragona, S.A., a quien la Sala, por providencia de 11 de enero de 2002 tuvo por personada en el presente recurso, en calidad de parte codemandada.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el 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 su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del 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. La parte codemandada, en su turno, no efectuó alegación alguna como contestación a la demanda.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 28 de septiembre de 2004.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma. Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 10 de septiembre de 2001, cuya parte dispositiva decía lo siguiente en relación con la Asociación de Navieros, hoy parte actora:

Tercero: 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.

Cuarto: Imponer a la Asociación de Navieros Españoles (ANAVE) una multa de 10.000.000 de pesetas.

Quinto: Intimar a ...y a ANAVE para que se abstengan en lo sucesivo de realizar las prácticas sancionadas.

Sexto: Ordenar...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.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su recurso: a) inexistencia de los requisitos legales para considerar la conducta de ANAVE como contraria a la competencia, b) subsidiariamente, inexistencia de los requisitos para sancionar a ANAVE, al no ser su

conducta dolosa o negligente, c) subsidiariamente, desproporción de la sanción impuesta, y d) infracción del principio de confianza legítima.

Los motivos que se citan en los apartados a), b) y c) ya fueron expuestos por la parte actora ante el TDC, mientras que el motivo indicado en el apartado d) se deduce por vez primera en la vía jurisdiccional.

El Abogado del Estado contesta que la recomendación colectiva de precios efectuada por la Asociación actora es una práctica prohibida por el artículo 1.1.a) LDC, en si misma considerada, sin que sea requisito de la infracción que produzca efectos reales sobre la competencia.

La parte codemandada, ya se ha dicho, no efectuó alegaciones en el trámite de contestación a la demanda.

TERCERO.- Como cuestión previa al examen de las alegaciones de la demanda, debemos delimitar con alguna precisión cual es el objeto del presente recurso.

La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, impugnada en estos autos, examina los cargos imputados en la fase de instrucción del expediente por el SDC, que se referían a tres personas jurídicas distintas:

a) Repsol Petróleo, S.A., por infracciones del artículo 1 LDC, consistentes en redactar y aplicar: 1) un contrato con empresas consignatarias homologadas, 2) un convenio de colaboración con agentes consignatarios homologados, y 3) un manual operativo para agentes homologados.

b) Asociación Nacional de Estibadores y Consignatarios de Buques (ANESCO), por infracción del artículo 1 LDC, consistente en fijación de los precios aplicables a los servicios de consignación.

c) Asociación de Navieros Españoles (ANAVE), por infracción del artículo 1 LDC, consistente en fijación de precios aplicables a los servicios prestados "por" (sic) las empresas navieras.

En el presente recurso, interpuesto por ANAVE, es obvio que nos limitaremos, como hace el propio recurrente en su demanda, a las cuestiones que suscita la calificación de su conducta como infractora de la LDC y las consecuencias sancionadoras derivadas de dicha calificación, sin que extendamos nuestro enjuiciamiento a las otras conductas consideradas por el TDC -en la Resolución recurrida- también contrarias a la competencia, porque corresponden a operadores económicos distintos al recurrente.

La Sala también ha dictado sentencia en estas fechas en los autos 1059/2001, seguidos a instancia de Repsol, S.A., contra la misma Resolución impugnada, si bien debe resaltarse que estamos ante operadores económicos distintos (Repsol y ANAVE), que fueron sancionados en la misma Resolución del TDC por conductas también diferentes, por lo que es perfectamente posible el enjuiciamiento separado de los respectivos recursos presentados también por separado, en los que ninguno de los interesados solicitó su acumulación.

CUARTO.- La primera alegación de ANAVE, en relación con la inexistencia de los requisitos en su conducta para ser constitutiva de una infracción de la Ley

16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consiste en que la imputación de la infracción efectuada por el SDC es marginal y de carácter puramente formal.

Es cierto que la imputación de la infracción se produce en el contexto de una denuncia de una empresa consignataria contra REPSOL, por un tema relacionado con la forma de seleccionar esta última empresa sus consignatarios, pero ello no tiene ninguna trascendencia jurídica.

El artículo 36 LDC , al tratar de la iniciación del procedimiento sancionador por el SDC contempla dos posibilidades en pie de igualdad: que el expediente se inicie a instancia de parte interesada, esto es, por denuncia, o de oficio por el SDC. En este caso, el expediente sancionador se inició contra ANAVE de oficio, por la propia decisión del SDC, sin previa denuncia de parte, y como acabamos de ver, tal posibilidad está expresamente contemplada en el citado artículo 36 LDC .

En efecto, aunque es cierto que la empresa denunciante -Ibérica Marítima de Tarragona- únicamente denunció las prácticas que consideraba anticompetitivas de REPSOL, en su escrito de denuncia cita ya unas "Tarifas" que emite ANAVE e impone para las consignaciones de buques españoles (folio 4 del expediente del SDC). Ante esta noticia, nada más lógico que el SDC solicitara a la denunciante una ampliación de tal hecho (folios 104 y 105 del expediente), aportando la denunciante un ejemplar editado por ANAVE y titulado "tarifas y condiciones para despacho de buques españoles que no sean de línea regular, de aplicación en todos los puertos españoles" (folios 160 a 164 del expediente administrativo).

A la vista de tales antecedentes, reunidos en la instrucción de la información reservada que el artículo 36.2 LDC permite realizar al SDC, con carácter previo a la iniciación del expediente, ya en la primera providencia de incoación del expediente sancionador, de fecha 16 de octubre de 1997, el SDC acordó dirigirlo también contra la Asociación recurrente, que fue oportunamente notificada no sólo de la incoación del expediente y los hechos por los que se seguían las actuaciones, sino de todas los trámites posteriores hasta su conclusión, habiendo tenido la recurrente, en las dos fases del expediente administrativo, oportunidad de efectuar las alegaciones y aportar los documentos que interesasen a su derecho. De todo ello se sigue que ninguna relevancia tiene que el expediente contra la recurrente se haya iniciado de oficio por el SDC, pues ya hemos reiterado que el SDC ésta autorizado por el artículo 36 LDC para investigar sin previa denuncia las conductas que considere anticompetitivas, y que el expediente fue seguido hasta su terminación con pleno respeto de todas las garantías que asisten a la Asociación recurrente.

QUINTO.- Sobre el fondo del asunto, ANAVE reconoce la existencia de sus "tarifas y condiciones para despacho de buques españoles que no sean de línea regular, de aplicación en todos los puertos españoles", que por otra parte obran en el expediente administrativo (folios 160 a 164), en un ejemplar editado por la Asociación recurrente, si bien aclara que no se trata de una recomendación para fijar precios, sino del establecimiento de unas tarifas orientadoras.

Sin embargo, nada de ello resulta de la lectura del ejemplar de las tarifas. En efecto, su carácter orientador no aparece por ningún lado, antes al revés, la lectura del texto contenido en el citado ejemplar pone de manifiesto que dichas tarifas -al menos en la voluntad de la recurrente- , debían ser de aplicación obligatoria en los casos a que se referían. Así resulta de expresiones como las siguientes: "tarifas y condiciones para

despacho de buques españoles ...de aplicación en todos los puertos españoles...", "...las tarifas y escala de precios de las mismas son de aplicación a buques de bandera española...", "...las presentes tarifas serán de aplicación en todos los puertos españoles a los buques de las empresas asociadas de ANAVE..." En las Circulares mediante las que se comunican las tarifas (folios 1245 y 1251 del expediente), se indica que se trata de tarifas máximas que ANAVE recomienda sean abonadas por sus asociados..." (las cursivas son nuestras).

Estas tarifas fueron publicadas y difundidas por ANAVE entre sus asociados en los años 1996 (folios 1245 a 1250 del expediente), 1997 (folios 1251 a 1256 del expediente) y 1998 (folios 1265 a 1268), cuanto menos, porque en la Circular que difunde las tarifas de 1996, de fecha 26 de diciembre de 1995 (folio 1245 del expediente), ANAVE reconoce que en años anteriores también se establecieron tarifas ("...Como en años anteriores les hacemos llegar las tarifas máximas que ANAVE recomienda sean abonadas por sus asociados...").

SEXTO.- ANAVE, de acuerdo con sus Estatutos de 1993 (folios 1219 a 1242 del expediente) es una organización profesional, de ámbito nacional, constituida para la coordinación, representación, gestión, fomento y defensa de los intereses empresariales sectoriales, dotada de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines.

En el año 1996 eran 46 las empresas navieras asociadas en ANAVE (folios 1341 y 1341 vuelta del expediente) y 53 navieras en el año 1999.

SÉPTIMO.- Las normas de la LDC tienen como destinatarios a los operadores económicos, entre los que figuran en lugar destacado las empresas de cualquier clase que ofrecen bienes y servicios en un mercado, como por ejemplo las empresas navieras. Y las Asociaciones de empresas son igualmente destinatarias de las normas de la LDC, en cuanto marco en el que las empresas pueden adoptar o decidir conductas contrarias a la libre competencia.

El artículo 1 LDC prohíbe cualquier acuerdo, decisión o recomendación colectiva que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, y en la lista de posibles acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas prohibidas figura, en la letra a) el consistente en fijar, de forma directa o indirecta, los precios u otras condiciones comerciales o de servicio.

En el supuesto que contemplamos, es evidente que una recomendación colectiva de tarifas, de una Asociación profesional que integra a un buen número de las empresas navieras españolas, es una recomendación de fijación de precios, prohibida por el artículo 1 LDC. Tal recomendación de precios, en el marco asociativo en el que se produce, reviste en sí misma la entidad suficiente para ser considerada contraria a la competencia, pues tiende directamente a unificar comportamientos de las navieras asociadas.

Que las recomendaciones de precios no tuviesen efecto en el mercado, como alega la parte actora, es algo intrascendente a los efectos de considerar dicha conducta incluida entre las prohibiciones del artículo 1 LDC, puesto que tal efecto no es exigido por el tipo de la infracción, como ha reconocido el Tribunal Supremo en diversas oportunidades, así en su sentencia de 17 de marzo de 2003 (RJ 2003474), Cosa distinta en que, al encontrarnos ante una conducta prohibida por el artículo 1 LDC, esto es, cumplidos los requisitos del tipo de la infracción, se deban tener

en cuenta los efectos concretos, mayores o menores, que dicha conducta infractora haya producido, pero tal ponderación, que presupone la existencia de la infracción, debe efectuarse a la hora de decidir las consecuencias sancionadoras de la infracción, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad.

OCTAVO.- También expone el recurrente que sus recomendaciones de precios solo afectaban potencialmente al 0,5% del mercado total de servicios de consignación en España, y que en su recomendación de precios actuó como un cártel defensivo, ante las prácticas comerciales agresivas de los consignatarios.

La apreciación de la escasa relevancia potencial de la recomendación de tarifas no es compartida por la Sala, porque se produce, como acabamos de ver, en el marco de una Asociación profesional, de ámbito nacional, que acoge a un buen número de empresas navieras, entre las que se encuentran las principales de nuestro país. Además, tampoco es adecuada la referencia al mercado que efectúa la recurrente, que comprende todas las operaciones de los buques de cualquier bandera y en cualquier clase de línea que tocaron un puerto español, sino que el mercado a tener en cuenta debe ser, lógicamente, el de los servicios de consignación a los buques de bandera española, que es único al que se dirigen las recomendaciones de precios. No estamos, por tanto, ante un supuesto de los contemplados por el artículo 1.3 LDC en los que, atendida la escasa importancia de la conducta anticompetitiva, el SDC puede decidir no iniciar o sobreseer un expediente sancionador.

El carácter defensivo de la recomendación de precios, a la vista de las agresivas conductas comerciales de los consignatarios, no impide la calificación de la conducta de la actora como contraria a la competencia. No estaríamos ante un supuesto de exclusión de responsabilidad, sino, en su caso, ante una circunstancia a ponderar al enjuiciar la proporcionalidad de la sanción. Lo mismo ocurre con el hecho de que el acuerdo de precios se produzca en el seno de una asociación demandante de servicios de consignación, pues lo cierto es que en ningún momento la prohibición de recomendación colectiva de precios se limita en el artículo 1 LDC a las empresas o asociaciones de empresas que ofrecen servicios, excluyendo a las demandantes de los mismos. Puede ser cierto, no obstante, que los acuerdos horizontales entre empresas oferentes sean más dañinos para la competencia que los mismos acuerdos entre empresas demandantes de servicios, pero ello sólo puede tener consecuencias en la determinación de la sanción, no en la calificación de la conducta.

NOVENO.-Respecto de la ausencia de culpabilidad, las infracciones del artículo 1 LDC admiten su comisión dolosa y culposa, y en este caso concurre, al menos, negligencia en la parte actora, que es una Asociación de empresas, de ámbito nacional, que infringió los deberes de cuidado al aprobar o elaborar unas tarifas que constituyen una recomendación colectiva de precios, prohibida por la legislación de defensa de la competencia, máxime cuando la LDC se promulgó en 1989, y la actora tuvo tiempo más que suficiente para conocerla cuando, en 1996, 1997 y 1998, realizó la conducta que examinamos.

DÉCIMO.- No tiene encaje en este caso la doctrina de la confianza legítima. De acuerdo con lo dicho por el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de febrero de 1990 (RJ 1990258), la admisión de este principio debe basarse en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa. El mismo T.S. ha aplicado dicho principio en el ámbito del derecho de la competencia, así en

sentencias de 28 de julio de 1997 (RJ 1997890) y 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000047), en las que el signo externo de la Administración suficientemente concluyente consistió en una recomendación expresa del Ministerio de Educación para realizar determinada conducta.

En el caso al que se refiere este recurso no puede considerarse que la Administración haya sugerido, provocado o inducido las conductas prohibidas. La Asociación recurrente mantiene que comunicó sus tarifas a la Administración, lo que ni siquiera está acreditado, como resulta del escrito del Subdirector General de Ordenación y Normativa Marítima, de fecha 10 de abril de 2003 y las notas internas del Departamento que acompaña, que obran en el pieza de prueba del recurrente. En todo caso, la demandante remitía sus publicaciones y revistas a la Administración, entre las que pudiera ser que se encontraran las tarifas -hecho no acreditado- y tal remisión está muy lejos del signo externo y concluyente de la Administración que constituye el presupuesto de la confianza legítima.

DÉCIMOPRIMERO.- Alega ANAVE que la sanción impuesta por el TDC es desproporcionada.

Una de las razones para mantener esa afirmación consiste en que en la misma Resolución el TDC no impuso sanción alguna a la asociación profesional que aglutina a los oferentes de los servicios de consignación, la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO), a pesar de que había realizado una conducta igual de publicar y difundir unas tarifas de precios para los servicios que prestan sus asociados. Sin embargo, la conducta no es la misma, pues concurre el elemento diferenciador de que ANESCO (y no ANAVE) presentó ante la Comisión europea una solicitud oficial de exención de las tarifas publicadas. A la vista de tal circunstancia, el TDC declaró que la conducta de ANESCO, de unificación de tarifas, constituye una infracción del artículo 1 LDC , y le apercibió para que se abstuviera en el futuro de realizar dicha práctica, pero no impuso sanción alguna, por aplicación del artículo 10.4 LDC que impide imponer multas por las infracciones del artículo 1 LDC si se solicita autorización para la conducta de que se trate.

Por lo demás, la sanción impuesta de 10 millones de pesetas, se encuentra dentro del tercio inferior de la capacidad máxima sancionadora del TDC que, en el caso de Asociaciones empresariales que, como la recurrente, carecen de volumen de ventas, es en todo caso el de 150 millones de pesetas. Todavía, dentro de ese tercio inferior, la sanción se impone en la quinta parte más baja.

La Sala, como ya hemos indicado anteriormente, considera que las circunstancias de que las empresas navieras no hayan seguido en algunos o muchos casos las tarifas recomendadas y las razones defensivas que las inspiraron, deben ser ponderadas en la determinación de la sanción, y en este caso, al encontrarse la sanción impuesta en la franja inferior del tercio mínimo de la capacidad sancionadora el TDC, consideramos que dicha sanción es proporcionada a la gravedad de la infracción.

DÉCIMOSEGUNDO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la Asociación de Navieros Españoles (ANAVE), contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 10 de septiembre de 2001, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados en esta sentencia.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, indicando si es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Ilmo. Sr. D. JOSE M^a DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-