

RESOLUCIÓN (Expte. r 100/94 Campsa)

Pleno

Excmos. Sres.:

Fernández Ordóñez, Presidente

Alonso Soto, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

de Torres Simó, Vocal

Menéndez Rexach, Vocal

Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 31 de mayo de 1995.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Bermejo Zofío ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 100/94 (1072/94 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por la Federación Española de Armadores de Buques de Pesca (FEABP) contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de 31 de octubre de 1994, por el que se archivaron las actuaciones iniciadas como consecuencia de su denuncia contra la Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos S.A. (CAMPESA) hoy Compañía Logística de Hidrocarburos S.A. (CLH).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El suministro por CAMPESA de gasoil para barcos de pesca (gasóleo B) desde el 1 de enero de 1986, fecha en que este carburante se desmonopolizó y pasó a mercado libre, ha motivado, a más de un pleito civil, tres expedientes, dos de ellos ya resueltos por el Tribunal y que conviene traer ahora a colación para mejor resolver el tercero, esto es, el recurso interpuesto por la FEABP contra el archivo de su denuncia contra CAMPESA decretado por el Servicio el 31 octubre de 1994.
2. El primero de los expedientes aludidos (nº 499/87 del Servicio y 284/90 del Tribunal) se inicia el 6 de octubre de 1987 a instancia de la Cámara de Comercio de Avilés que se quejaba de que CAMPESA bonificaba los suministros superiores a los 20.000 litros con un descuento de 2'98 pesetas por litro, pero sólo en las cantidades entregadas en determinados puertos, entre ellos el de Gijón. Los barcos de pesca con base en Avilés, atraídos por

la rebaja, se iban a repostar a Gijón y, de paso, vendían allí su pesca, en detrimento de la Lonja de Avilés, que de otra forma hubieran seguido utilizando para dar salida a sus capturas.

En este expediente se apuntan ya las dos cuestiones conflictivas en la relación de CAMPSA con los armadores de barcos pesqueros que ha suscitado la desmonopolización del gasóleo B (para pesca): la compra directa a los fabricantes y la discriminación en los precios cobrados por CAMPSA.

Como la Resolución explica en su FD 3.1., hasta 1986 CAMPSA era la única oferente de gasóleo B por disposición legal, ya que al estar este producto incluido en el Monopolio las productoras habían de vendérselo necesariamente a ella. En 1986 queda desmonopolizado y en régimen de libertad de precio, de modo que los fabricantes pueden, jurídicamente, venderlo a los armadores. Pero físicamente no pueden entregarlo debido a que CAMPSA sigue con el práctico monopolio de los medios de transporte y entrega. Las refinerías, para ejecutar sus ventas, han de contar con la intermediación de CAMPSA, cuya colaboración resulta facilitada por la naturaleza fungible o genérica de este carburante: para cumplir el contrato puede entregarse gasóleo de cualquier procedencia. Ahora bien, la necesaria intermediación de CAMPSA es susceptible de construirse, jurídicamente, de maneras distintas y no excluyentes: CAMPSA puede actuar como comisionista que vende en nombre propio y por cuenta ajena (del fabricante) que es quien fija el precio del producto; o como revendedor, que compra en firme y revende en nombre y por cuenta propios, fijando los precios y condiciones de la venta; o como simple ejecutor de un contrato entre el fabricante y el consumidor, entregando el producto, y hasta cobrándolo, en nombre y por cuenta ajenos (del fabricante). Cuando se discute si el precio cobrado por CAMPSA es abusivo, hay que precisar en qué concepto ha actuado para determinar quién es el responsable. La Resolución de 2 de marzo de 1991 -que resuelve este expediente-, atendiendo al período en que se desarrolló la práctica denunciada (febrero a noviembre de 1987) asume que CAMPSA actuó en nombre y por cuenta propios; ella es responsable de los precios. (Aunque añade que el descuento de que se le acusa está justificado). No examina, fuera de este ámbito, las relaciones de CAMPSA con las refinerías, y de éstas entre sí, porque la cuestión era objeto de otro expediente, dejándola expresamente imprejuizada (FD 3.2. y 4).

3. El segundo expediente.

3.1. Este segundo expediente (nº 525/88 del Servicio y 318/92 del Tribunal) se incoa como consecuencia de la denuncia de la Confederación Española de Asociaciones Pesqueras (CEAP),

presentada al Servicio el 28 de abril de 1988 en la que manifiesta que CAMPSA está aplicando un precio más alto al gasóleo suministrado a los pesqueros españoles que al vendido a los pesqueros extranjeros y a los mercantes nacionales (20'30 y 18'21 ptas/litro, respectivamente, en febrero de 1988) y, además, en condiciones de pago más desfavorables.

Acompaña la denunciante un informe que le había remitido la Secretaría de Estado de Hacienda, a la que había expuesto la cuestión, en el que se dice que son las refinerías quienes fijan el precio del gasóleo y no CAMPSA, que únicamente cobra por el servicio de entrega y sin discriminación alguna, de modo que la discriminación, que ciertamente existe, es únicamente imputable a aquéllas. Alega la denunciante que aunque sea cierto lo que afirma la Secretaría de Estado, es CAMPSA quien prohíbe a las petroleras contratar directamente con los pesqueros y beneficiarse del precio más bajo que aquéllas aplican, como resulta de una carta -que acompaña- de CEPSA en la que lamenta no poder atender una solicitud de suministro en el puerto de La Coruña porque su convenio de abastecimiento con CAMPSA en los puertos peninsulares abarca únicamente a los buques no nacionales. La denuncia termina invocando conjuntamente la Ley 110/1963 y el Art. 86 del Tratado de Roma.

Incoado el expediente por los hechos denunciados, el 7 de diciembre de 1990 la CEAP se dirige al Servicio manifestando que:

"La denuncia que presentamos con fecha 29 de Abril de 1.988 contra CEPSA, U.E.R.T., PETRONOR, PETROMED, REPSOL y CAMPSA por supuestas prácticas restrictivas de la competencia ha variado en la actualidad en aspectos (sic). La discriminación que sufría la flota pesquera española respecto a la flota de bandera extranjera ha desaparecido, ya que a las empresas petrolíferas multinacionales ya no les interesa contratar la venta de gas-oil a la flota en puerto español ya que el suministro se efectúa por CAMPSA, que les cobra una cantidad considerada tan alta que no les es rentable el mercado español. En relación a la diferencia que sufría el barco pesquero respecto al mercante ha desaparecido igualmente por el mismo motivo. Solamente nos queda una duda razonable: el precio del gas-oil marítimo lo marca CAMPSA, pero si CAMPSA se ha convertido en una distribuidora, es de suponer que quienes llegan a un acuerdo para marcar los precios siguen siendo las empresas refinadoras de petróleo CEPSA, U.E.R.T., PETRONOR, PETROMED, REPSOL, a su vez accionistas

mayoritarios de CAMPSA. Por lo tanto nos gustaría conocer si este acuerdo para imponer los precios del gas-oil marítimo se considera una PRACTICA RESTRICTIVA DE LA COMPETENCIA, o bien es legal, debido a que el precio es marcado por debajo del precio máximo autorizado por el Gobierno. Dependiendo de esta pregunta consideraríamos que debería suspenderse el presente expediente o bien enfocarlo únicamente en práctica de acuerdos de precios".

- 3.2. El 20 de diciembre de 1990 el Servicio formula el Pliego acusando conjuntamente a las refinerías y a CAMPSA de fijar un mismo precio de venta del gasóleo B y, además, con discriminación para los pesqueros españoles, desde el año 1986 hasta el año 1990 inclusive. El Informe-propuesta de 15 de junio de 1992 matiza más: hay un acuerdo de las refinerías con CAMPSA para reservar a esta última el suministro a los pesqueros españoles, lo que ha permitido mantener un mercado intervenido en el periodo 1986-1989; pero no se ha demostrado que el acuerdo alcance también a los precios de venta, que son de responsabilidad exclusiva de CAMPSA. Y como estos precios son superiores (entre el 11-16%) a los aplicados a los extranjeros, únicamente hay un abuso de posición de dominio de CAMPSA. Se acompaña un cuadro comparativo de los precios de CAMPSA y algunas petroleras hasta 1990 inclusive.
- 3.3. El Tribunal resuelve (Resolución de 8 de febrero de 1993) que considera probado que desde enero de 1986 a marzo de 1989 CAMPSA fué el único operador de hecho en el mercado nacional de suministro de gasóleo a los buques de pesca y que las diferencias de precios que aplica están justificadas: porque los buques nacionales y los extranjeros constituyen dos mercados distintos, unos pagan en pesetas y otros en moneda extranjera, las cantidades contratadas son diversas, los puertos donde se detectan las diferencias son de primer orden y tienen tuberías de suministro que permiten la actuación directa de las refinerías, los pesqueros no se quieren acoger al sistema de declaración previa de exportación, es decir, que existen "muchas razones de carácter comercial y logístico" que, justifican la diferencia de precio. CAMPSA queda absuelta. La Providencia de 5 de Marzo de 1993 constata que contra la Resolución de la Sección 1ª no se interpuso recurso ante el Pleno dentro del plazo legal y declara la firmeza de la Resolución.

4. El tercer expediente.

- 4.1. El tercer expediente trae causa de la denuncia hecha a la Dirección General de la Competencia de la Comisión de las Comunidades

Europeas conjuntamente por la Federación Española de Armadores de Buques de Pesca (FEABP) y 208 armadores, contra CAMPSA, por violación de los Arts. 7, 37 y 86 del Tratado de Roma. CAMPSA -dicen- suministra gasóleo pesquero más caro a los españoles que a los extranjeros en los mismos puertos. El suministro a los extranjeros lo hace CAMPSA por cuenta de compañías extranjeras, ejecutando los contratos que estas han celebrado con los barcos extranjeros. Este sistema no lo aplica CAMPSA a los barcos españoles porque no permite que las compañías extranjeras les vendan gasóleo. Hay una reserva para CAMPSA de esta clientela a la que aplica precios más altos.

La denuncia se presenta en Bruselas el 26 abril 1989.

- 4.2. El 9 abril 1990 la Comisión comunica que archiva la denuncia por eventual incumplimiento del Art. 37 del Tratado; y el 20 noviembre 1992 fija su postura en sendas cartas dirigidas a la FEABP y a CAMPSA.

Dice la Comisión: CAMPSA "era, antes de la segregación de sus activos comerciales (...) la única empresa distribuidora de productos petrolíferos instalada con ámbito general en España y la única que disponía de una red logística cubriendo la totalidad del territorio español (...) el mercado estaba bajo el control prácticamente absoluto de CAMPSA (...) la conducta de CAMPSA durante el período transitorio podría haber constituido un abuso de posición dominante susceptible de afectar al comercio entre estados miembros en el sentido del Art. 86 del Tratado CEE. Ahora bien (...) el hecho de que en la práctica el mercado del gasóleo pesquero haya estado controlado por CAMPSA, explica que las importaciones de este producto por parte de las compañías internacionales hayan sido casi inexistentes, ya que a éstas les resultaba más beneficioso importar gasóleos destinados a otros usos, cubriendo con ellos prácticamente todo el contingente de que eran titulares. Ha existido, pues, afectación del comercio intracomunitario pero, habida cuenta de la forma en que los contingentes han sido comercializados, dicha afectación presenta un carácter limitado, resultando por consiguiente reducido el interés comunitario de este asunto. Todo ello, unido a la reciente segregación entre las refinerías españolas de los activos comerciales de CAMPSA (...) aconseja la remisión de todas las actuaciones sobre el presente caso a las instancias nacionales competentes, las cuales por lo demás ya tienen conocimiento del asunto. Consiguientemente la Comisión archivará el presente asunto".

Termina la carta la Comisión reservándose la competencia para cuando termine el período de adaptación del monopolio: "la Comisión tiene intención de analizar la conducta comercial de las refinerías que han sustituido a CAMPSA en este mercado".

La Comisión remite copia de estas cartas a la Dirección General de Defensa de la Competencia.

- 4.3. El 17 de diciembre 1993 la FEABP se queja a la Comisión de la paralización del asunto porque, hasta la fecha, la Dirección General de Defensa de la Competencia no ha recibido el traslado del expediente a que la Comisión hacía referencia en su carta; a lo que contesta la Comisión que la Dirección tenía conocimiento de su decisión y a su disposición el expediente, no siendo incumbencia de la Comisión, una vez que se ha declarado incompetente, decidir la forma en que la Dirección General ha de retomar el asunto.

Después de un cruce de comunicaciones entre el Servicio -que esperaba para actuar la recepción del expediente cuyo envío anunciaba la Comisión en sus cartas de diciembre de 1990- y la Comisión, esta última envía al Servicio copia "de la integralidad del expediente" tramitado por ella.

El 29 julio 1994 el Servicio comunica a la FEABP la recepción del expediente, indica que la denuncia es la misma de la CEAP ya resuelta por el Tribunal y la invita a manifestar si la discriminación continúa, qué circunstancias concurren en ella, autores de la práctica y demás información que considere relevante.

La FEABP contesta el 6 de octubre de 1994 pidiendo que se continúe la tramitación ante el Tribunal porque no hay "identidad entre los hechos denunciados por la FEABP y los denunciados en el expediente 318/92 resuelto por Sentencia de ese Tribunal de 8 de febrero de 1993; y nos oponemos con toda firmeza a la especie de "cosa juzgada universal" y "erga omnes" que pretende predicar la Dirección General de dicha Sentencia de ese Tribunal". Y ello porque, se aclara, la denuncia de la FEABP es posterior en un año a la de la CEAP y luego, el 7 de mayo de 1992, la FEABP comunicó a la Comisión que los hechos denunciados continuaban; porque la Resolución afirma que los puertos en que se han detectado las diferencias son de primer orden, mientras que las diferencias denunciadas por la FEABP aparecen en puertos de todo tipo; y porque la Resolución expone que deben examinarse toda una serie de datos "que son necesarios para valorar si, efectivamente, existe discriminación por una razón tan poco consistente como la bandera

del buque", de lo que resulta que "si el Tribunal hubiera comprobado que en la denuncia que estaba juzgando sólo existía esa causa tan inconsistente para el trato desigual, habría condenado a CAMPSA"; pero "en aquella denuncia no comprobó tal cosa".

El Servicio afirma la identidad de los hechos denunciados a la Comisión y los denunciados por la CEAP, que fueron objeto de la Resolución de 8 de febrero de 1993; y añade que habiendo solicitado de la FEABP que aportara nuevos datos que justificaran la continuidad de la discriminación de precios con posterioridad, no lo ha hecho, por lo que archiva la denuncia.

La FEABP recurre el archivo; la resolución del recurso es el objeto de este expediente.

5. Recibido el recurso, el Tribunal solicita informe del Servicio, quien manifiesta que el recurso está dentro de plazo, que el recurrente tiene acreditada la representación en el expediente que obra en la Dirección General y que el recurso no desvirtúa los fundamentos del Acuerdo de archivo.

El Tribunal pone de manifiesto el expediente a los interesados para que formulen alegaciones y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

Se reciben alegaciones de la FEABP y de la Compañía Logística de Hidrocarburos S.A. (nuevo nombre de CAMPSA).

Los motivos de impugnación que expone la FEABP, similares a los alegados ante el Servicio el 6 de octubre de 1994, se pueden resumir del modo siguiente:

- la Comisión no archivó el asunto; estimó que la conducta denunciada podría constituir un abuso de posición dominante pero que la afectación del comercio intracomunitario presentaba un carácter limitado, por lo que lo traslada a las autoridades nacionales para su oportuno tratamiento.
- no reitera la denuncia: pide que se continúe el expediente abierto por la Comisión.
- ha aportado datos referentes a la discriminación de precios a lo largo de 1989 y 1990 y afirmaciones relativas a la continuación de la situación con posterioridad.

- no hay identidad entre los hechos denunciados por FEABP y los denunciados por CEAP y resueltos por la Resolución de 8 de febrero de 1993 porque la denuncia de FEABP es posterior, la Resolución se refiere a los hechos realizados hasta marzo de 1989 y FEABP denuncia hechos hasta el 7 de mayo de 1992, los puertos en que ocurren los hechos no son sólo los de primer orden, y el Tribunal no comprobó si la única causa de discriminación en los precios era la nacionalidad, comprobación que sí hizo la Comisión. La FEABP, dice, tiene pruebas que no tenía la CEAP.
- la FEABP no fué notificada del procedimiento terminado por la Resolución de 8 de febrero de 1993, no pudo constituirse en parte y no le afecta la Resolución.
- termina pidiendo que se ordene al Servicio que de traslado del procedimiento a las sociedades beneficiarias de los archivos de la antigua CAMPSA, hoy Compañía Logística de Hidrocarburos S.A.

La Compañía Logística de Hidrocarburos S.A. alega, en síntesis:

- que el firmante del recurso no acredita su representación.
- que los hechos son los mismos, como reconoce la propia Comisión y es la misma la persona demandada.
- que incluso entre las demandantes existe una cierta identidad porque uno de los más importantes miembros fundadores de ambas es la Asociación Provincial de Armadores de Barcos de Pesca de la Coruña.
- que la FEABP conocía el expediente iniciado por la CEAP y podía haberse personado en él; y si no lo hizo fué porque las dos denunciantes se repartieron los papeles: la CEAP prueba suerte con las autoridades nacionales mientras la FEABP inicia un pleito civil y acude a las autoridades comunitarias.

Comprobado por el Tribunal que la persona que firma el recurso no había justificado su representación, se le comunica el defecto que es subsanado.

6. Se deliberó y falló en el Pleno de 19 de febrero de 1995.

7. Son interesados:

- La Federación Española de Armadores de Buques de Pesca.

- La Compañía Logística de Hidrocarburos S.A. (antes CAMPSA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Los argumentos con que la recurrente impugna el Acuerdo del Servicio que decreta el archivo de su denuncia son de dos clases. En la primera se han de incluir aquéllos que tienden a demostrar la falta de competencia del Servicio para decidir el archivo; en la segunda, los que pretenden desvirtuar la resolución adoptada por no darse los requisitos necesarios para aplicar la doctrina de la cosa juzgada. El Tribunal ha de decidir, al menos, estas dos cuestiones (Art. 93.1 LPA 1958, Art. 89.1 Ley 30/1992).
2. La falta de competencia del Servicio para decidir el archivo.
 - 2.1. Parece que tal falta de competencia vendría dada, según la FEABP, porque la Comisión no archivó el expediente sino que lo transmitió a las autoridades nacionales para que lo continuaran, razón por la cual la recurrente no reitera la denuncia ante ellas, limitándose a exigir que el expediente, iniciado y suficientemente instruido por la Comisión, sea asumido por el Servicio y trasladado al Tribunal para que resuelva según la acusación de abuso de posición de dominio que ha apreciado la Comisión.

Lo que equivale a decir que el Servicio no tiene la facultad de archivar la denuncia y las actuaciones que le envía la Comisión.

La recurrente no indica en qué preceptos legales se apoya tal limitación de las facultades del Servicio ni la razona jurídicamente.

- 2.2. Es de observar, como punto de partida, que la Comisión no llegó a iniciar formalmente el expediente y que lo termina por simples cartas administrativas en las que hace una doble afirmación: la conducta de CAMPSA afecta al comercio intracomunitario y puede ser (o es) abusiva conforme al Art. 86 del Tratado de Roma; pero como la afectación es escasa porque las petroleras extranjeras no venden de hecho en España gasóleo B, envía el expediente a las autoridades nacionales y lo archiva por su parte, sin perjuicio de anunciar su intención de examinar la conducta de las refinerías cuando termine el período de adaptación del monopolio.

Para que la Comisión abra expediente es preciso, pues, que el interés comunitario resulte sensiblemente afectado; al no ser este el caso, la Comisión se inhibe (archiva) y remite la cuestión a las autoridades nacionales. Remisión que no debe extenderse como un mandato para que las autoridades nacionales asuman lo hecho

por la Comisión y, sin solución de continuidad, resuelvan según su calificación (Art. 86), porque la Comisión no es superior jerárquico de las autoridades nacionales; ni como una delegación de competencia para que actúen en nombre de la Comisión porque las autoridades nacionales tienen competencia propia para aplicar el derecho comunitario. La colaboración de las autoridades nacionales con la Comisión, prevista en el Reglamento 17/1962 del Consejo, se refiere a la que tiene lugar dentro de un procedimiento que está tramitando la Comisión y sin que las autoridades nacionales puedan utilizar la información obtenida dentro de él por la Comisión, en virtud del principio de estanqueidad de los procedimientos comunitario y nacional que ha aceptado el TJCE (Sentencia 16 julio de 1992, Asunto C 67/91).

De aquí que la naturaleza de la inhibición de la Comisión sea, como ella misma la califica, la de una declaración de incompetencia: "no corresponde a la Comisión pronunciarse sobre la forma en que las autoridades nacionales han de retomar este asunto, una vez que la Comisión, sobre la base de los argumentos de hecho y de derecho contenidos en las cartas a que antes me refería, se ha declarado incompetente" (Comunicación de la Comisión al Servicio de 18 de marzo 1984). Y su afirmación de que la conducta de CAMPSA es abusiva no tiene más valor que el de una opinión para justificar la remisión de la denuncia a las autoridades nacionales en lugar de archivarla sin más.

- 2.3. Por otra parte, la decisión de la Comisión de inhibirse ha sido consentida por la FEABP, a quien la Comisión, en la misma carta de noviembre de 1992, ofreció la posibilidad de argumentar contra el archivo que la comunicaba; "La Comisión tiene la intención de no continuar ella misma el tratamiento de la presente queja, salvo que por su parte, y tras el análisis de las razones que justifican esta postura, se nos ofrecieran nuevos argumentos que aconsejen lo contrario".

La reposición concedida no fué utilizada por la FEABP. Se calla y, cuando habla, es para hacer expresa su aceptación tácita, pidiendo a la Comisión que ejecute su decisión: "al cabo de más de un año (de la carta de noviembre de 1992) ni el Servicio de Defensa de la Competencia ni el Tribunal de Defensa de la Competencia españoles han recibido las indicadas actuaciones o el traslado del expediente, que nosotros sepamos. Como el enorme retraso en su decisión ya nos ha ocasionado gravísimos inconvenientes (no llegamos a comprender como una decisión puramente

competencial se ha demorado tres años y medio) le rogamos que proceda a trasladar el expediente al Servicio (...) a la mayor urgencia" (subrayado en el original).

Sólo será el 16 de febrero de 1994, cuando la FEABP diga a la Comisión que "no estamos felices, ni nunca lo hemos estado, con la decisión de no aplicar el criterio competencial resultante de la afectación al mercado interesados (sic). Nunca nos ha parecido razonable excluir la competencia comunitaria cuando sí se comprobó una afectación, aunque fuese mínima, de dicho comercio". Solicita a la Comisión que remita un recordatorio a las autoridades nacionales o vuelva sobre su decisión y reclame la competencia, continuando ella la tramitación del expediente. No hay constancia de que la Comisión contestara.

- 2.4. En conclusión, debe entenderse que el Servicio, que espera para actuar la llegada del expediente anunciada por la Comisión y en el cual se encuentra la denuncia original de la FEABP que la Comisión no acompañó a las cartas, ha actuado correctamente al tramitar la denuncia con arreglo a sus propias normas de procedimiento y al utilizar la facultad de archivo que aquéllas le conceden.
3. La segunda cuestión planteada por la recurrente es la indebida aplicación por el Servicio de la doctrina de la cosa juzgada.
 - 3.1. La recurrente no discute la aplicación de la doctrina de la cosa juzgada al procedimiento cuya apertura pide. Lo que alega es que se ha aplicado incorrectamente, más allá de los límites subjetivo y objetivo que definen el ámbito material de la cosa juzgada.

El límite subjetivo no se ha observado porque las dos personas denunciadas -CEAP y FEABP- son distintas y la FEABP no fué notificada de la existencia del procedimiento en el que se produjo la Resolución que ahora se invoca, por lo que no pudo constituirse en parte ni defenderse en él.

El límite objetivo también resulta desbordado porque no existe la identidad de objeto que exige la cosa juzgada a la vista de que la Resolución de 1993 declara como hecho probado "que desde enero de 1986 a marzo de 1989 CAMPSA fué el único operador de hecho en el mercado nacional de suministro de gasóleo tipo B a los buques de pesca"; y en el FD 1 afirma que "el expediente habría de centrarse en si existe precio discriminatorio a los buques de pesca que faenan bajo pabellón español frente a los que navegan bajo

bandera extranjera en el tiempo que media desde febrero de 1988 a 1989" para concluir que las diferencias de precio estaba justificada.

La recurrente sostiene que marzo de 1989 opera, pues, como límite temporal de la eficacia de la Resolución de 1993.

- 3.2. El Tribunal entiende que los argumentos de la recurrente son atendibles y que no cabe archivar su denuncia por aplicación de la cosa juzgada. Pero esto no supone que el acuerdo de archivo haya de revocarse: cuenta con el fundamento que se expone a continuación.
4. La persistencia de los motivos en que se fundó la Resolución de 1993 para no considerar abusiva la conducta de CAMPSA.
 - 4.1. Según la recurrente, todos los datos y pruebas que pedía el Servicio respecto a la continuación de la discriminación, sus características y sus autores, estaban en el expediente de la Comisión. El expediente, a cuya utilización no se ha opuesto CAMPSA, contiene la denuncia inicial con sus Anexos, entre los que se incluye copia de la demanda civil interpuesta por la FEABP contra CAMPSA, acompañada de los precios cobrados por CAMPSA y los internacionales, mínimos y medios, de los años 1986 a 1988. El 26 de marzo de 1991, la FEABP añade una posterior relación de los precios cobrados por CAMPSA en diversos puertos en 1989 y 1990.

También aporta un télex de SHELL que dice seguir sin poder suministrar combustible a buques nacionales en puertos peninsulares. Este télex, similar a la carta de CEPESA que había aportado la CEAP, no está adverado; y cuando la Comisión pide pruebas de la imposibilidad de suministro de las compañías extranjeras, la FEABP no las aporta porque las compañías extranjeras, dice, no las facilitan. Adjunta sólo un proyecto de contrato de CAMPSA con las refinerías.

La Comisión, por su parte, no se dirige a las petroleras: únicamente solicita información de CAMPSA, quien afirma que no discrimina porque el precio lo fijan las refinerías españolas y extranjeras, que no las prohíbe contratar directamente con los armadores y que está negociando las condiciones en que suministrará el gasóleo por cuenta de ellas: aporta el mismo proyecto de contrato que había enviado la FEABP.

El 7 de mayo de 1992 la FEABP solicita de la Comisión que le comunique las actuaciones practicadas "dado que siguen invariables las situaciones que denunciarnos en su día". No acompaña ninguna justificación de su afirmación.

- 4.2. Del contenido del expediente de la Comisión resulta por tanto que hay una relación de precios de CAMPSA en 1989 y 1990 de los que ya había constancia (y comparándolos además con los de algunas refinerías) en el expediente resuelto en 1993; en adelante, se limita a decir la FEABP, sigue la misma situación discriminatoria. No ha habido pues ninguna modificación en la situación de hecho que examinó la Resolución de 1993 y que pudiera haber influido en los criterios con que aquella fué juzgada, salvo el temporal. La conducta de CAMPSA se sigue reiterando en el tiempo; al persistir más allá del periodo tenido en cuenta por la Resolución de 1993, las razones de carácter comercial y logístico que justificaron las diferencias de precios (AH 3.3) la decisión habría de ser la misma. Por ello se archiva la denuncia.

El único de los criterios que expresamente combate la FEABP es el que explica la diferencia de costes porque mientras en los puertos principales las refinerías suministran el gasóleo directamente desde la fábrica, con tuberías propias, el precio que aplica CAMPSA en todos los puertos es un precio medio del que tendría en cada puerto si sólo se consideraran los costes de ese puerto (política de individualización de costes que CAMPSA practicó hasta que, por presiones de los armadores, volvió al sistema de precio único igual). Pero aunque la Resolución diga que los puertos con precios diferentes son siempre los de primer orden (FD cuarto segundo, porque hay dos "cuarto") también dice a continuación (FD quinto) que si en los puertos pequeños el precio era diferente se debía a que no existía aduana en ellos y no se tramitaba la declaración previa de exportación. Es decir, que aunque el primer argumento no sirviera para los puertos pequeños, también las diferencias de precio en ellos están justificadas. No es suficiente motivo para abrir a CAMPSA un nuevo expediente.

5. Entiende, sin embargo, el Tribunal, que de las dos conductas denunciadas tanto por la CEAP como por la FEABP, la Resolución de 1993 no ha examinado la relación de CAMPSA con las petroleras - calificada de colusión por la CEAP y de abuso de CAMPSA frente a las petroleras por la Comisión- por lo que, sin perjuicio de mantener el archivo de la denuncia, debe interesarse del Servicio que proceda a investigar aquellas relaciones.

6. La FEABP ha solicitado, al Servicio y al Tribunal, que se de traslado del procedimiento a las diversas sociedades beneficiarias de la escisión de activos de la antigua CAMPSA a fin de que defiendan sus posiciones ante la denuncia. El Servicio ha denegado tácitamente la petición.

La denegación es de mantener porque la escisión de la antigua CAMPSA pertenece a la categoría de la segregación sin extinción de la personalidad, que permanece (Art. 252 Ley de Sociedades Anónimas) y no resulta afectada por la adaptación de sus estatutos y denominación social a la nueva situación que ordena la Disposición Adicional Séptima de la Ley 34/1992, de 22 de diciembre.

CAMPSA, bajo el nuevo nombre de Compañía Logística de Hidrocarburos S.A., continúa siendo la misma persona autora de los hechos objeto de la acusación, primero de la CEAP y luego de la FEABP, y cuya responsabilidad administrativa sigue siendo suya, sin que haya pasado a las sociedades receptoras de los activos segregados ni sea compartida por ellas. Y sin que sea competencia de este Tribunal decidir las consecuencias que la segregación haya podido tener a efectos de la exigencia a CAMPSA de una eventual responsabilidad civil derivada de los mismos hechos objeto de la denuncia.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE

1. Desestimar el recurso interpuesto por la FEABP contra el Acuerdo de 31 de octubre de 1994 del Director General de Instrucción, Inspección, Vigilancia y Registro de la Dirección General de Defensa de la Competencia que decidió el archivo de las actuaciones que tuvieron origen en la denuncia de la FEABP; acuerdo que queda confirmado.
2. Interesar del Servicio la investigación de las relaciones de CAMPSA (hoy Compañía Logística de Hidrocarburos S.A.) con las compañías, nacionales y extranjeras, refinadoras de petróleo.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.

VOTO PARTICULAR DEL VOCAL SR. BERMEJO ZOFIO

1. A mi modo de ver el archivo de la denuncia de la FEABP acordado por el Servicio debe mantenerse, más que por la inutilidad de incoar un expediente cuya solución ya se conoce, por la imposibilidad de abrirlo en virtud de la doctrina de la cosa juzgada. Doctrina que veda también, en mi opinión, que el Servicio expediente a CAMPSA por sus relaciones con las petroleras, o a éstas por sus relaciones entre sí, durante el tiempo que cubre la Resolución del Tribunal de 1993. Que es hasta 1992.

2. La cosa juzgada penal como garantía del expedientado

La cosa juzgada es considerada por la doctrina penal, tal como la resume la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1995, como "una verdadera causa de impunidad semejante a la prescripción, a la amnistía o indulto que, ausente del Art. 112 del Código Penal, aparece sin embargo junto a éstos como artículo de previo pronunciamiento en el Art. 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...). Actualmente, por lo dispuesto en el Art. 14.7 del Pacto de Nueva York sobre derechos civiles y políticos de 1966 y lo mandado en el Art. 10.2 CE, no puede haber duda del rango constitucional que alcanza el principio de que nadie puede ser juzgado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por sentencia firme, que constituye el fundamento de la eficacia preclusiva de la cosa juzgada material en el proceso penal. Una doble condena, o un proceso posterior por un hecho ya fijado, violaría el derecho a un proceso con todas las garantías del Art. 24.2 CE y también el Art. 25.1 de esta misma Ley Fundamental en cuanto que sanciona el principio de legalidad".

Doctrina aplicable a este caso, aún antes de entrar en vigor la Ley 30/1992, de acuerdo con la consolidada opinión de la jurisprudencia constitucional que traslada al derecho administrativo sancionador, con las debidas matizaciones, los principios del derecho penal. La recurrente no ha objetado, ni matizado, la aplicación que se postula: acepta el principio. Lo que alega es que se han traspasado dos de los límites que definen el ámbito material de la cosa juzgada.

3. El límite subjetivo

A lo que yo juzgo existe la identidad de personas que requiere la cosa juzgada penal porque:

- La identidad se refiere al denunciado, no al denunciante "pues los acusadores son contingentes y su coincidencia o diferencia de identidad o número en ambos procesos no empece al principio "non bis

in idem" que informa la cosa juzgada" (STS 24 septiembre 1981).

- Los armadores, que son los que pagan el mayor precio del petróleo, tuvieron oportunidad de personarse, por sí o mediante sus asociaciones, en el primer procedimiento en tiempo útil. Aunque el Servicio no publicara los oportunos avisos de su iniciación (un extracto de la denuncia) en los periódicos oficiales hasta septiembre de 1989, es decir, año y medio después de la interposición de la denuncia por la CEAP, en aquella fecha todavía no se había iniciado realmente la instrucción.

4. El límite objetivo.

Creo que también este límite resulta cumplido en sus dos aspectos material y temporal.

4.1. En el aspecto material.

La identidad de objeto, desde este punto de vista, debe apreciarse confrontando la conducta objeto de la primera acusación, por la que fué condenado o absuelto el expedientado, y la que es objeto de la acusación nueva.

La CEAP denunció que el suministro de gasóleo en surtidores de CAMPSA se hacía a precio distinto a los pesqueros españoles que a los extranjeros, y en condiciones más onerosas; y que aunque CAMPSA no impone los precios -lo hacen las refinerías- CAMPSA no permite que se contrate directamente con ellas. Lo que denuncia la FEABP a la Comisión es la diferencia de precio entre el gasóleo pesquero suministrado por CAMPSA, en los mismos puertos, a los pesqueros españoles y a los extranjeros por cuenta de compañías extranjeras, gasóleo por cuenta ajena que CAMPSA se niega a facilitar a los buques españoles sin que las compañías petrolíferas extranjeras puedan hacer nada por evitarlo.

Es decir, el objeto de las dos denuncias es el mismo: la conducta de CAMPSA respecto de los armadores y respecto de las petroleras. El Servicio abre expediente a la una y a las otras, y orienta la larga instrucción a intentar aclarar sus relaciones. En el pliego de cargos estima que estas relaciones son constitutivas de un cártel de precios entre todas ellas; en el Informe-propuesta limita el objeto del cártel a un reparto de mercados e inculpa sólo a CAMPSA de la fijación abusiva de los precios de venta del gasóleo a los armadores.

Estas son, por tanto, las dos cuestiones que debía resolver el Tribunal. Sin embargo sólo se ocupa, expresamente, del abuso de posición dominante de CAMPSA y silencia cualquier pronunciamiento sobre la segunda cuestión, sin formular ninguna reserva o exclusión como había hecho la Resolución de 1991, que no examinó las relaciones de CAMPSA con las petroleras porque, decía, estaban siendo examinadas en este segundo expediente.

Creo que la Sección ha examinado y valorado las relaciones de y con las petroleras; lo que ocurre es que consideró insuficiente el material probatorio. Las declaraciones de las petroleras son confusas y evasivas y de CAMPSA no se obtuvo más -tampoco lo obtuvo la Comisión- que su negativa de la acusación de haberlas impedido contratar directamente y la aportación de un proyecto de contrato sobre el que estaba negociando con ellas para fijar sus relaciones. La Sección podía haber devuelto el expediente al Servicio para que ampliara la instrucción en este aspecto. No lo hizo y consideró que existían antecedentes suficientes para resolver. Y resolvió no enumerando entre los hechos probados los acuerdos de las petroleras entre sí y con CAMPSA, que el Servicio había estimado existentes y absolviendo a CAMPSA de abuso de posición de dominio.

Resolución absolutoria que supone la desestimación de todas las acusaciones y pretensiones deducidas en el expediente, aunque no se hayan considerado específicamente, de acuerdo con la doctrina que viene manteniendo la jurisprudencia cuando se alega la incongruencia en este tipo de resoluciones.

La orden o invitación al Servicio de que investigue las relaciones de las petroleras no puede referirse, en mi opinión, más que a las posteriores al tiempo a que extiende sus efectos la Resolución de 1993. Las anteriores ya han sido juzgadas.

4.2. En el aspecto temporal.

Creo que una interpretación lógico-sistemática de la Resolución de 1993 lleva a otorgarla una eficacia temporal distinta de la que extraen la recurrente y la mayoría de una interpretación meramente gramatical.

La Resolución de 1993 no se ha limitado a enjuiciar la conducta de CAMPSA desde los dos meses anteriores a la denuncia -por el juego de la prescripción- hasta la fecha de ésta -28 abril 1988- sino que ha

ido más allá; pero no explica por qué, en su camino ascendente, se ha parado en marzo de 1989, siendo así que el 7 de diciembre de 1990 la denunciante amplía o modula la denuncia, constan en el expediente los precios aplicados en 1989 y 1990, el Pliego de Concreción de Hechos (constitutivos) de Infracción se formula el 21 de diciembre de 1991 y hasta el 15 de junio de 1992 no se redacta el Informe-propuesta. No tiene mucho sentido que una Resolución tomada en 1993, cuando CAMPSA ha cambiado ya de actividad y segregado sus activos, deje imprejuizada y para otro expediente la conducta de CAMPSA desde marzo de 1989 hasta que ésto ocurrió (en 1992); y ello sin efectuar una expresa declaración de reserva o exclusión.

Y es que la Resolución de 1993 también ha hecho objeto de consideración la conducta de CAMPSA desde marzo de 1989 hasta la terminación del período de adaptación del monopolio: lo que pasa es que no la ha valorado como conducta suficientemente infractora. Así se deduce del FD 3, en el que se afirma que se comprueba en el expediente cómo "la entrada de nuevos operadores económicos en la distribución de estos productos -claramente desde 1989- obligó a diferenciar precios, condiciones y demás elementos que configuran la prestación de estos suministros". Esto es, como recuerda el Servicio, desde marzo de 1989 las refinerías venden y entregan ellas mismas el gasóleo a los pesqueros; CAMPSA deja de ser el único operador del mercado, el cual se caracteriza ahora por "la aplicación progresiva de la competencia en este sector, el desmantelamiento definitivo del monopolio, y las transformaciones rápidamente operadas en el sector, rompiendo un "status quo" de más de medio siglo, (lo que) obliga a entender que la situación no puede ser enjuiciada exactamente igual que si nos encontráramos ante mercados estables y bien conocidos". El enjuiciamiento de la nueva situación no debe hacerse con criterios rígidos y estrictos sino que debe ser objeto de una "interpretación flexible como se exige en derecho de la competencia, bien atenta a la situación del mercado".

En otros términos, la Resolución de 1993 parte de que los hechos denunciados que constituyen el objeto del expediente han ocurrido en un período transitorio o de paso de una situación de monopolio a otra de competencia; período durante el cual no han conseguido aclararse las formas en que actuaba CAMPSA respecto de las petroleras, a pesar de que la instrucción se orientó en este sentido, ni han aparecido los supuestos acuerdos entre ellas. Sólo hay un hecho probado: hasta marzo de 1989 CAMPSA conservaba el monopolio de distribución y discriminaba en los precios, presumiendo la Resolución de 1993, como hizo la Resolución de 1991 que expresamente invoca, que CAMPSA

actuaba en nombre e interés propios. La discriminación durante este período es la que se juzga y se considera justificada. Con mayor razón también lo estaría a partir de entonces, si la discriminación hubiera continuado; lo que es dudoso porque hay otros operadores, ha cambiado el mercado, y la nueva situación debe juzgarse con flexibilidad -si hay irregularidades no son relevantes- teniendo en cuenta que la actuación de CAMPSA se explica por la inercia de llevar de monopolista más de medio siglo y no por colusiones o pactos de reserva de dominio que no se consideran ni siquiera probados. CAMPSA y las petroleras resultan también tácitamente absueltas de esta acusación hasta el término del período transitorio: 1992.

5. En suma, no creo que ahora, a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la Resolución de 1993, se pueda incoar otro expediente a CAMPSA o a las petroleras por conductas iguales a las examinadas y anteriores a 1992.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA VOCAL SRA. ALCAIDE GUINDO

Disiento del fallo por el que se desestima el recurso interpuesto por la FEABP contra el acuerdo de archivo de las actuaciones dictado por la Dirección General de Defensa de la Competencia porque en la Resolución que critico existen, en mi opinión, algunos errores de hecho y de derecho que han conducido al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) a interpretar que la Dirección General de Defensa de la Competencia (DGDC) tenía potestad para archivar las actuaciones remitidas por la Comisión CE y que el contenido de la queja de la recurrente ante la Comisión se refiere a conductas similares a las juzgadas en la Resolución de la Sección Primera de 8 de febrero de 1993 (Expte. 318/92).

1. El Servicio de Defensa de la Competencia ha tenido noticias de lo actuado por los servicios de la Comisión y de su valoración inicial de los hechos: la conducta de CAMPSA podría ser constitutiva de infracción del artículo 86 del Tratado, pero el asunto tiene escaso interés comunitario durante el período transitorio.

El escaso interés comunitario del asunto se derivaba de la existencia de un período transitorio desde 1-1-1986 hasta 1-1-1992 en el que, de acuerdo con el contenido del artículo 48 del Acta de Adhesión, España se comprometía a admitir los contingentes de importación de productos petrolíferos previstos con un crecimiento anual del 20%. En este período, la Comisión no podía exigir la existencia de libertad de comercio más que para estos contingentes y consideró razonable que las empresas petroleras que no refinaban en España prefirieran la importación de

productos diferentes del gasóleo pesquero. Hubiera sido lógico, por tanto, que los servicios de la Comisión remitieran una carta de archivo anterior a la terminación del período transitorio, pero lo es mucho menos que la hayan remitido cuando dicho período ya ha terminado y tanto CAMPSA (ahora CLH) como las petroleras están sometidas a la libre competencia sin paliativos.

En mi opinión, el Servicio no podía ni incorporar lo actuado por la Comisión a un expediente nacional, ni archivarlo.

- 1.1. Lo primero porque, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE citada en el FD 2.2, las actuaciones de la Comisión solamente pueden servir de *notitia criminis* para las autoridades nacionales, que deben instruir el procedimiento y lograr las pruebas de acuerdo con su propio procedimiento.
- 1.2. Lo segundo porque, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 1882/1986, es el TDC y no la DGDC la autoridad competente para la aplicación en España de los artículos 85.1 y 86 del TCEE y el procedimiento aplicable a los expedientes de infracción de dichas normas es la Ley nacional. Los artículos 85.1 y 86 del Tratado son de aplicación directa por los tribunales nacionales y tienen primacía sobre el ordenamiento interno. Las autoridades nacionales tienen, no la potestad, sino la obligación de aplicarlos cuando son invocados por un interesado.

El Servicio podría haber archivado unas actuaciones que condujeran a concluir la inexistencia de indicios de infracción. Pero la propia Comisión había expuesto claramente una opinión provisional de existencia de abuso.

En estas circunstancias, el Servicio de Defensa de la Competencia debiera haber incoado de oficio expediente de infracción del artículo 86 del Tratado, con aplicación del procedimiento previsto en la LDC y limitándose al análisis de los hechos posteriores a la entrada en vigor de ésta.

2. En la Resolución de la Sección Primera de 8 de febrero de 1993 se juzgaban los hechos acaecidos "*desde enero de 1986 a marzo de 1989*" tal y como recoge el hecho probado único de la misma, con arreglo a lo establecido por la Ley 110/1963. De ninguna forma se juzgaban hechos posteriores, puesto que no cabía aplicar la Ley 110/1963 a hechos acaecidos con posterioridad a su derogación, ni con arreglo al artículo 86 del TCEE que no era plenamente aplicable mientras durase el proceso de

desmonopolización. La Sección Primera expone en el FD Sexto de dicha Resolución que *"existían muchas razones de carácter comercial y logístico que justificaban en ese período transitorio de acomodamiento de un sector monopolizado a un sector en fase de liberalización el que coyunturalmente se aplicaran precios distintos pero no arbitrariamente injustificados"*.

Disiento de las razones aducidas por la mayoría en el FD 4.2 de la Resolución que critico puesto que, en mi opinión, una cierta permisividad, razonable en el período de adaptación de un sector monopolizado a las condiciones de libre competencia, no puede prolongarse *sine die*, de modo que lo que se consideró justificado en marzo de 1989 no puede, sin más, ser declarado legal para conductas correspondientes a 1992, una vez terminado el período transitorio.

Por lo expuesto considero que los Servicios de la Comisión no debieran haber remitido la carta de archivo después de terminado el período transitorio, que el Servicio debiera haber incoado expediente de oficio y, de no haber sido así, el recurso contra el archivo debiera haber sido estimado por el TDC, el acuerdo de archivo revocado e interesado del Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de expediente de infracción de los artículos 85.1 y 86 del Tratado, con aplicación del procedimiento establecido en la LDC, por las conductas observadas desde la entrada en vigor de la misma en relación con el suministro de gasóleo pesquero. Los responsables serían CAMPSA, su heredera CLH y, en su caso, las petroleras establecidas en España.