

RECURSO CASACION Num.: 3978/2006

Votación: 21/01/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Eduardo Espín Templado

Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. Alfonso Llamas Soubrier

ALFONSO LLAMAS SOUBRIER, Secretario de la Sección Tercera
de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal
Supremo.

CERTIFICO: Que por la expresada Sala se ha dictado la siguiente:

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: TERCERA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Fernando Ledesma Bartret

Magistrados:

D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Óscar González González

En la Villa de Madrid, a tres de febrero de dos mil nueve .

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 3.978/2.006, interpuesto por COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA, S.A., representada por el Procurador D. Francisco García Crespo, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 12 de mayo de 2.006 en el recurso contencioso-administrativo número 474/2.003, sobre expediente sancionador en materia de defensa de la competencia (nº 543/02 del Tribunal de Defensa de la Competencia).

Es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 12 de mayo de 2.006, desestimatoria del recurso promovido por Compañía Trasmediterránea, S.A. contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 13 de junio de 2.003 (expediente sancionador 543/02 de dicho órgano y 2172/00 del Servicio de Defensa de la Competencia). Dicha resolución declaraba la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1 de la ley de Defensa de la Competencia, consistente en haber fijado concertadamente los precios del servicio de transporte marítimo de pasajeros y de vehículos en la línea Algeciras-Ceuta-Algeciras y de la que son autoras la demandante y Buquebús España, S.A. desde el 1 de septiembre de 1.997, y Europa Ferrys, S.A. además de las dos anteriores desde el 30 de mayo de 1.998; asimismo imponía a cada una de dichas empresas una multa de 600.000 euros.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 16 de junio de 2.006, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de Compañía Trasmediterránea ha comparecido en forma en fecha 4 de septiembre de 2.006, mediante escrito interponiendo recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998. de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del artículo 24.2 de la Constitución, del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de los artículos 192.2 y 137.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como de la jurisprudencia;

- 2º, por infracción del artículo 131.3 de la citada Ley 30/1992, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución, así como de la jurisprudencia;
- 3º, por infracción del artículo 3.1 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia, y
- 4º, por infracción del artículo 3.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida por no ser conforme a Derecho o, con carácter subsidiario, se acuerde dejar sin efecto la sanción impuesta o se reduzca la misma a una cuantía más acorde con los argumentos y razonamientos de su escrito.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 12 de abril de 2.007.

CUARTO.- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime el mismo, confirmando la recurrida en cuanto declara conforme a derecho la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de junio de 2.003, todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

QUINTO.- Por providencia de fecha 13 de octubre de 2.008 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 21 de enero de 2.009, en que han tenido lugar dichos actos.

SEXTO.- En fecha 21 de octubre de 2.008 la parte recurrente ha presentado escrito con el que aportaba, al amparo del artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, diversos documentos, de los que se ha dado traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en el plazo concedido al efecto ha presentado escrito manifestando su oposición a la admisión de los mismos.

SÉPTIMO.- En el día señalado han tenido lugar los actos de deliberación y fallo.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **EDUARDO ESPÍN TEMPLADO**,
Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

La Compañía Trasmediterránea, S.A., impugna en casación la Sentencia de 12 de mayo de 2.006 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, que desestimó su recurso entablado contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de junio de 2.003, en materia de concertación de precios. En dicha resolución se declaraba la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en haber fijado concertadamente los precios del servicio de transporte marítimo de pasajeros y de vehículos en la línea Algeciras-Ceuta-Algeciras durante determinados períodos de tiempo las empresas Buque Bus España, S.A., Europa Ferrys, S.A., y la propia actora, imponiéndoles a cada empresa una multa de 600.000 euros.

El recurso se formula mediante cuatro motivos, amparados todos ellos en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción. En el primero se alega la vulneración del principio de presunción de inocencia, con infracción de los artículos 24.2 de la Constitución, 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio) y 192.2 y 137.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre). En el segundo motivo se aduce la violación de los principios de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad, con infracción del artículo 131.3 de la Ley 30/1992 en relación con el 9.3 de la Constitución y de la jurisprudencia aplicativa. El tercer motivo se funda en la supuesta infracción del principio de confianza legítima, habida cuenta del apoyo de la Administración a un acuerdo de intercambiabilidad de billetes entre las navieras sancionadas. En el cuarto motivo se alega la infracción del artículo 3.1 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio), por no otorgar la autorización singular solicitada.

Antes de proceder al examen de los motivos en que se funda el recurso, conviene advertir que el presente recurso ha sido deliberado de manera simultánea con los números 7.280/2.005 y 3.978/2.006, interpuestos por las otras dos compañías navieras sancionadas por la misma resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia. Por ello nos remitiremos cuando sea pertinente a las consideraciones efectuadas en dichos recursos.

Por otra parte, la sociedad recurrente aportó con un escrito de ampliación de hechos presentado el 21 de octubre del pasado año una serie de resoluciones de la Secretaría General de Transportes del Ministerio de Fomento dictadas en los años 2.006, 2.007 y 2.008 por las que se imponen obligaciones específicas a las compañías navieras que realizan transporte marítimo entre Algeciras-Ceuta-Algeciras y Algeciras-Tánger, documentos que fueron admitidos en virtud de lo dispuesto en el artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEGUNDO.- Sobre el primer motivo, relativo al principio de presunción de inocencia.

En el primer motivo la empresa recurrente argumenta que no se ha acreditado que haya existido concertación entre las navieras y sostiene que se ha producido un alineamiento natural de los precios como consecuencia del sistema de intercambio de billetes, auspiciado por la propia Administración. La sanción habría infringido por tanto el principio de presunción de inocencia, que no ha sido desvirtuado, con violación del artículo 24.2 de la Constitución, el 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el 192.2 y 137.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En relación con la acreditación de la concertación de precios prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, la Sentencia recurrida señala:

"QUINTO.- Se ha declarado probado, porque constan en el expediente las tarifas vigentes en diferentes fechas, que los precios son prácticamente coincidentes entre las 3 navieras, salvo pequeñas excepciones, y que no se superan las 5 pesetas de diferencia respecto de los precios de la recurrente, en la gran mayoría de los casos. Esta coincidencia y muchas veces identidad de precios, entre las tres navieras, en un período que se extiende desde el 1 de septiembre de 1997, fecha en la que incorpora Buquebús a la línea Algeciras-Ceuta, en la que operaba Transmediterranea, y desde 30 de mayo de 1998, fecha de la

incorporación de Euroferrys, hasta el inicio de las actuaciones del SDC en abril de 2000, con cantidades tan repetidas, que incluyen igualdad en muchas subvariedades de tarifas (tarifa general, de menor, militares o tropa, familia numerosa, jubilados, carnet joven, grupo turistas >11 pax., 3ª edad/EGB/Univer, precios para vehículos, motos de más y menos 250 cm³, etc), no puede deberse, según las reglas de la lógica, sino a un acuerdo o concertación de tarifas y precios.

Expone la recurrente que el TDC no ha dado crédito a los argumentos de las tres navieras sobre la coincidencia de precios, a pesar de que eran razonables y lógicos, pero tal alegación no puede aceptarse, porque el TDC examina con detenimiento las explicaciones sobre la igualdad de precios, alternativas a la concertación, sin acogerlas precisamente por su falta de rigor y convicción. Que los precios del combustible fueran los mismos para las tres navieras, y que también fueran iguales las tarifas portuarias, no quiere decir que sus respectivos costes variables y fijos sean iguales, pues no lo son ni las composiciones de sus flotas, ni las características y antigüedad de sus barcos, sus gastos de personal, financieros, etc. Tampoco pueden tener acogida las razones históricas, al menos desde el año 1996, en que caducó la autorización concedida por el TDC el 11 de diciembre de 1991. El seguimiento del líder tampoco explica la igualdad, porque ya se ha visto que los costes necesariamente eran distintos para las diferentes empresas, y porque tal argumento no es aceptable cuando han existido contactos e intercambios de información entre las empresas, como lo demuestra en el presente caso que existieran acuerdos entre las navieras para la aceptación mutua de billetes fuera del período de las Operaciones de Paso del Estrecho." (fundamento de derecho quinto)

La argumentación de la sociedad actora se basa exclusivamente en la discrepancia sobre la valoración de los hechos efectuada en la instancia, coincidente con la manifestada por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Dicha valoración no puede ser revisada en casación, que está dirigida solamente a revisar la correcta aplicación del derecho. En relación con las quejas análogas formuladas en el recurso de la naviera Buque Bus, hemos señalado en la Sentencia dictada en el asunto 7.280/2.005:

"QUINTO.- Sobre los motivos tercero y cuarto del recurso de casación, relativos al principio de presunción de inocencia.

Sostiene la parte recurrente en el tercer motivo que se ha vulnerado su presunción de inocencia al haber recurrido el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Sala de instancia a la prueba de presunciones sin haber realizado ninguna actividad indagatoria de instrucción. La actuación instructora se redujo, se afirma en el motivo, a solicitar a las compañías encausadas los precios que aplicaban y a presumir que la relativa similitud existente se debía a la concertación entre ellas. Entiende la recurrente que es factible recurrir a la prueba de presunciones cuando no sea posible acreditar la infracción de ninguna otra manera, pero no aminorar la carga de la prueba basándose en el fácil recurso de las presunciones. Afirma también que se viene a requerir a las empresas sancionadas la prueba diabólica de acreditar que no han pactado precios, siendo así que sus aplicaciones son rechazadas de plano.

En el cuarto motivo se funda la infracción de la presunción de inocencia en que no han quedado acreditados íntegramente los hechos base. Así, afirma la sociedad actora que no ha quedado acreditado ni que los precios hayan sido idénticos ni que haya habido simultaneidad en las variaciones, por lo que se ha aplicado inválidamente la prueba de presunciones. En cuanto a lo primero, la sentencia solamente afirma que ha habido

precios "prácticamente coincidentes (...) en la mayoría de los casos", lo que supone admitir que no ha habido identidad de precios; en cuanto a lo segundo, en ningún momento se afirma que haya habido simultaneidad en las variaciones.

La Sentencia recurrida justifica la acreditación de la infracción atribuida a la actora y el empleo de la prueba por presunciones en los siguientes términos:

"3. El sustrato fáctico de la resolución impugnada viene constituido por la siguiente relación de "Hechos Probados" expresamente admitidos en la demanda sin objeción alguna que pueda desvirtuarlos:

1º) El servicio de transporte marítimo Algeciras-Ceuta-Algeciras ha venido siendo atendido por tres compañías navieras: Transmediterránea, Euroferrys y Buquebús. La línea se distingue por constituir prácticamente el único medio de transporte directo entre Ceuta y la Península, por un lado, y por servir de puente para los miles de ciudadanos magrebíes que trabajan en Europa y van y vuelven de visita a su país de origen, por otro.

2º) Transmediterránea opera en la citada línea desde 1917. En 1979 empezó a prestar servicio otra empresa, Isleña de Navegación S.A. (Isnasa). Propiciado por la dirección General de la Marina Mercante, ambas empresas suscribieron el 26 de febrero de 1991 un acuerdo para prestación conjunta de servicio, acuerdo que fue autorizado por Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de diciembre de 1991. Isnasa dejó de operar la línea el 23 de mayo de 1998 (fol. 132, siempre del expediente del Servicio salvo indicación en contrario).

3º) Euroferrys comenzó su actividad el 30 de mayo de 1998, coincidiendo prácticamente con el inicio de la temporada alta, en la que tiene lugar la denominada "Operación Paso del Estrecho" (OPE), del 15 de junio al 15 de septiembre de cada año compañías que ya operaban en la línea. Desde el principio se materializó un acuerdo de intercambiabilidad de billetes entre Euroferrys y Transmediterránea, aunque sin suscribir documento alguno al respecto, acuerdo que siguió desarrollándose tras la finalización de la temporada alta. En junio de 1998, Transmediterránea contaba con una cuota del 54,02% y Euroferrys con el 22,73%.

4º) Buquebús comenzó a operar en la línea el 1 de septiembre de 1997, con los mismos precios que tenían establecidos sus competidores en ese momento, Transmediterránea e Isnasa, pero no se adhirió al acuerdo de intercambiabilidad de billetes ya existente. Puesto que, según manifiesta la propia naviera, estar al margen del sistema de intercambiabilidad le suponía una clara desventaja competitiva por la lógica preferencia de los clientes por un billete de cualquiera de sus competidores, decidió adherirse al mencionado acuerdo el 1 de abril de 2000, si bien dicho acuerdo no aparece plasmado en un documento. En ese momento la cuota de mercado de Buquebús era del 30-35% y la de Euroferrys del 39%.

5º) Constan en el expediente tarifas vigentes para diferentes fechas en las que puede observarse que los precios son prácticamente coincidentes entre las tres navieras (salvo algunas excepciones), no superándose las cinco pesetas de diferencia respecto de las de transmediterránea en la gran mayoría de los casos.

Como ejemplo, se han tomado los valores correspondientes a las tarifas aplicadas a partir de 01-02- 00.

6º) La oferta la constituyen las tres empresas ya citadas, que prestan el servicio con buques tipo "ferry" (seis salidas diarias de cada puerto a cargo de Transmediterránea y Euroferrys) y de alta velocidad o "fast ferry" (con 18 salidas diarias de cada puerto, seis por cada naviera). En estos últimos, el precio del pasaje es mayor y cuentan con dos modalidades (clase "turista" y "club", más cara), existiendo todo un abanico de

tarifas y descuentos en función de las características de los pasajeros y de los vehículos, partiendo de una diferencia básica: la de ser residente o no en Ceuta. Para los primeros, la Administración establece unas bonificaciones que rebajan el precio en cualquiera de las tarifas. Los buques de alta velocidad transportan más del 90% de los pasajeros y más del 95% de los vehículos.

7º) La demanda, cercana a los 2,5 millones de pasajeros y unos 430.000 vehículos (datos año 2000, folio 128, 131 y 141 del expediente administrativo), se estructura, en términos generales, de la siguiente forma (folio 131):

- 50% de residentes en Ceuta, residentes en ciudades marroquíes aledañas a Ceuta, militares destinados en Ceuta, turismo de compras y viajes de negocios.
- 50% marroquíes residentes en Europa.

Existe una fuerte estacionalidad en la demanda, que se concentra sobre todo en los meses de verano (aparte de las vacaciones de Navidad y Semana Santa), cuando se supera el 37% de los viajeros y se llega al 43% de los vehículos transportados (folios 131, 141).

8º) Es en estos meses de verano cuando tiene lugar la "Operación Paso del Estrecho" (OPE), del 15 de junio al 15 de septiembre, siendo las fechas de máxima afluencia las coincidentes con los principios y últimos días de mes o de quincenas, y los fines de semana. Según manifiesta la Dirección General de la Marina Mercante -que, al parecer, ha propiciado el consenso entre las navieras apelando a la necesidad de satisfacer los intereses generales-, no en todas las OPEs se ha conseguido que el 100% de las navieras accedieran a la intercambiabilidad.

9º) La intercambiabilidad de billetes supone que los usuarios pueden utilizar cualquiera de los buques de cualquiera de las navieras que operan en la línea, con independencia de la compañía en la que hayan adquirido el billete. Ello implica la existencia de un mecanismo que permite la liquidación de ingresos entre las compañías en función de una serie de criterios para atribuir los mimos a cada una de ellas: pasajes vendidos, viajeros y vehículos transportados, trayectos programados y realizados, servicios a bordo, etc. (folios 275, 277 y 281).

4. Comienza la actora su prolija argumentación impugnatoria por negar la comisión de la infracción que se le imputa que, además, entiende deficientemente concretada en el procedimiento y la resolución impugnada que, a su juicio, se basan en meras presunciones.

Pero la Sala no puede compartir tales afirmaciones ante la evidencia de unos hechos que se declaran probados por aparecer plenamente acreditados en el expediente tanto por la documentación obrante en el mismo como por el reconocimiento expreso de la propia recurrente, amén del de las otras dos navieras denunciadas.

En efecto, las tres empresas imputadas admitieron, igualmente, que practicaron los mismos o casi idénticos precios desde que empezaron a prestar servicio en los términos más arriba reseñados, así como la existencia de un acuerdo de intercambio de billetes que se extiende, por lo que aquí interesa y afecta a la recurrente, desde el 1 de abril de 2000 para las tres navieras expedientadas. Ese reconocimiento por parte de las tres empresas implicadas que establecieron prácticamente los mismos precios desde que empezaron a operar, junto con el dato plenamente constatado de que los precios practicados son prácticamente coincidentes en distintas fechas, siendo las diferencias entre ellos verdaderamente mínimas, cuando no la mayor parte de las veces idénticas, en los distintos servicios ofrecidos (cinco pesetas de diferencia), tal y como se recoge en el cuadro de tarifas obrante en el expediente, es lo que permite llegar a la conclusión alcanzada en la resolución impugnada de que ha existido una concertación entre las navieras imputadas encaminada a sustituir la competencia por el acuerdo entre competidores, y, en consecuencia, la existencia de una conducta

prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en haber fijado concertadamente los precios del servicio de transportes marítimos de pasajeros y de vehículos en la línea Algeciras-Ceuta-Algeciras.

En efecto, en cuanto a la conducta imputada, el artículo 1 LDC prohíbe *"todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional..."*, añadiendo en sus diferentes subapartados que se considerarán como tales, *"en particular los que consistan en ...a) la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio (y) c) el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento [...]"*.

Así las cosas no es admisible la censura que la actora dirige al acuerdo impugnado de haber formado su convicción sobre la base de meras presunciones. Muy al contrario la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia se atuvo a los indicios, sólidos, razonados y perfectamente concatenados, según las reglas de la sana lógica de los que inequívocamente, también a juicio de la Sala, se desprende racionalmente que ha existido una concertación entre operadores independientes, de la que se puede concluir la existencia de una práctica tendente a reducir la competencia con la búsqueda deliberada del establecimiento de tarifas iguales, reduciendo la intensidad del juego competitivo entre las partes y facilitando un comportamiento no autónomo al permitir a las empresas regular en cierta medida su actuación comercial teniendo en cuenta la orientación de la del resto.

Por otra parte, las hipótesis alternativas y las interpretaciones distintas e interesadas sobre los hechos que la demandante formula resultan poco pausibles y razonables. Difícilmente se puede aceptar la explicación tanto de un "líder barométrico" como el argumento de la alta transparencia del mercado cuando, por una parte, ninguna de las empresas tiene suficiente poder de mercado para ocupar dicha posición y, de otra parte, tampoco explican que los precios de la hoy actora y de Euroferry se formen añadiendo o restando en casi todos los servicios **cinco pesetas** a los de Transmediterránea, máxime como, se reitera, resulta probado y admitido que las empresas realizaron acuerdos expresos, como sucede con el de aceptación mutua de billetes incluso fuera del período de la Operación Paso del Estrecho, aunque de ellos no exista constancia documental. Tampoco resulta aceptable la explicación dada por la actora de que no cabe competencia en precios, sino sólo en calidad de servicio, máxime si se tiene en cuenta que se trata de la nueva operadora que ha de procurar hacerse un hueco en el mercado compitiendo.

Por lo demás, esta Sala ha venido ratificando en numerosas ocasiones el procedimiento frecuentemente utilizado por el Tribunal de Defensa de la Competencia cuando en la materia que le es propia acude a la prueba de presunciones para demostrar la existencia de una infracción, fundamentalmente, cuando de conductas colusorias se trata. Y ello en perfecta sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que igualmente ha sentado ya un sólido criterio sobre las posibilidades y los límites de utilización de la prueba de indicios por el Tribunal de Defensa de la Competencia y, derivadamente, por los órganos jurisdiccionales de instancia que controlan la conformidad a derecho de sus resoluciones sancionadoras.

Así en la STS de 6 de marzo de 2000 el Tribunal Supremo, reiterando doctrina precedente, afirmaba:

"Esta Sala ha sentado ya un sólido criterio sobre las posibilidades y los límites de utilización de la prueba de indicios por el Tribunal de Defensa de la Competencia y, derivadamente, por los órganos jurisdiccionales que controlan la conformidad a derecho de sus resoluciones sancionadoras."

En la sentencia de 6 de marzo de 2000 (R-2000/7048) (recurso 373/1993) hemos afirmado, reiterando doctrina precedente que:

"[...] el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

Hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda."

En el caso examinado por la sentencia que parcialmente se acaba de transcribir, al igual que ocurre en el presente, el Tribunal de Defensa de la Competencia basaba su resolución en que el reparto de un determinado mercado resultaba acreditado a partir de una **prueba indiciaria** que la Sala de instancia consideró suficiente al existir, en definitiva, como en el presente caso acontece, un enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado y la consecuencia que conduce a declarar, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en la propia resolución que ahora se impugna, que no se ha producido vulneración del **derecho a la presunción de inocencia**, porque el proceso deductivo, según las reglas del criterio humano, realizado en el acto del Tribunal de Defensa de la Competencia, lejos de resultar arbitrario, caprichoso o absurdo, resulta de todo punto razonable, máxime teniendo en cuenta el reconocido paralelismo cuantitativo y temporal de los precios practicados al iniciar el negocio (Folios 116 del Expediente) cuando reconoció paladinamente (antes del Pliego de Cargos) la actora que "*eran los mismos que tenía establecidos nuestra competencia*".

En definitiva, esta Sala ha de ratificar la suficiencia de los indicios considerados en la resolución impugnada para acreditar la existencia de un enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado **-identidad de precios-** y la consecuencia **-pacto entre las navieras-** que permite dar por probada la práctica colusoria sancionada." (fundamentos jurídicos 3 y 4)

Ambos motivos han de ser rechazados. En lo que respecta al tercer motivo, tiene razón la sociedad actora en que la prueba por presunciones resulta admisible en principio, en defecto o como complemento de pruebas directas, sin que pueda recurrirse a ella sin más como único procedimiento de prueba. Ahora bien, la necesidad o justificación de la prueba por presunciones en cada caso deriva del tipo de infracción y de si las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto hacen razonable y útil la práctica de cualesquiera pruebas directas. En el caso de autos, como en muchos otros en materia de defensa de la competencia, especialmente en materia de acuerdos o prácticas concertadas entre sujetos económicos, es especialmente difícil lograr acreditar de forma directa la existencia de acuerdos, por las lógicas precauciones adoptadas por quienes incurrir en conductas expresamente prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia; y, en supuestos como los de conductas conscientemente paralelas, dichas pruebas pueden ser inexistentes por no existir acuerdos formales entre los sujetos afectados. En consecuencia, si el órgano instructor entendió suficiente la constatación de

la evolución paralela durante un largo período de tiempo de los precios establecidos por las empresas sancionadas para considerar acreditada la concertación de los mismos, ello no supone por sí mismo que se haya vulnerado el principio de presunción de inocencia por la falta de práctica de otra actividad probatoria. Por lo demás, no parece presumible que la actividad probatoria que la parte sugiere (solicitar documentación contable, colaboración o información de terceros, interrogatorio de empleados de las empresas, solicitud de un estudio pericial sobre posibles explicaciones alternativas) pudiera aportar datos relevantes sobre la existencia de una actuación encaminada a la concertación (reuniones, acuerdos expresos), sino sobre los propios hechos base (la efectiva evolución de los precios durante el período de tiempo examinado) que están ya sobradamente acreditados y que no son disputados por la actora, o sobre la explicación alternativa, que está ya suficientemente argumentada por las partes.

En cuanto a lo sostenido en el motivo cuarto, tampoco es posible admitir la argumentación de la recurrente. Para acreditar una concertación de precios prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia no es preciso ni la exacta coincidencia de los precios ni la absoluta sincronía en la sucesiva modificación de los mismos. La resolución sancionadora y la Sala de instancia han considerado que esa concertación ha dado como resultado unos precios muy próximos (con diferencias en torno a las cinco pesetas) que han evolucionado de manera paralela, exista o no una plena coincidencia en los cambios ocurridos en los precios de las tres navieras sancionadas y en el momento en que sucedieron. Lo decisivo es que los hechos base -la citada evolución paralela de los precios durante un amplio período de tiempo- sí han sido acreditados y que han sido considerados suficiente prueba para presumir la concertación. Esta Sala considera que dicha valoración de la prueba -que no puede ser revisada en casación en lo que respecta al alcance de la apreciación- ha sido suficiente para considerar desvirtuado el principio de presunción de inocencia y ha sido aplicada de conformidad con los cánones constitucionales sancionados por la jurisprudencia constitucional que la propia parte alega.

SEXTO.- Sobre el motivo quinto, relativo al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En el motivo quinto la parte argumenta en un doble sentido. Por un lado reitera la a su juicio deficiente acreditación de los hechos base, la identidad de precios y la simultaneidad en su variación. Por otro, combate la interpretación errónea que a su juicio dio el Tribunal de Defensa de la Competencia a las afirmaciones de las navieras sancionadas sobre los hechos y sostiene la existencia de una explicación alternativa respecto de la fijación de precios por parte de dichas empresas, la cual respondió, afirma, a una determinada política empresarial.

En lo que respecta a la primera argumentación, es evidente que se trata de una reiteración de lo sostenido en los dos motivos relativos a la alegación de violación de la presunción de inocencia, por lo que queda rechazada con lo dicho en el anterior fundamento de derecho. Por lo que toca a la explicación alternativa ofrecidas, no es sino una discrepancia respecto a la valoración efectuada por la Sala de instancia respecto del material fáctico, los hechos base sobre la proximidad y evolución paralela de los precios de las tres navieras, apreciación de pruebas expuesta en los fundamentos reproducidos ya en el quinto de esta Sentencia y que no puede ser revisada en casación. Así, al ser dichas apreciaciones fácticas razonables y no arbitrarias, estar expresadas de forma motivada y no incurrir en error patente, resultan intangibles en casación según reiterada jurisprudencia sobre la naturaleza del recurso de casación como procedimiento de carácter extraordinario encaminado exclusivamente a la revisión de la recta interpretación y aplicación del derecho.

En consecuencia, no puede prosperar el motivo." (fundamentos de derecho quinto y sexto)

En consideración a todo lo expuesto, debe desestimarse el motivo.

TERCERO.- Sobre el segundo motivo, relativo al principio de proporcionalidad.

Considera la recurrente que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad y de interdicción de la arbitrariedad, con infracción del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, en relación con el 9.3 de la Constitución, así como de la jurisprudencia constitucional aplicativa que cita, como consecuencia de la falta de adecuación de la sanción a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción.

En respuesta a la queja sobre proporcionalidad, la Sentencia impugnada había señalado lo siguiente:

"SÉPTIMO.- En cuanto a la graduación de la sanción, la resolución impugnada impuso a la hoy actora la multa de 600.000 euros (100.000.000 pesetas, aproximadamente) al igual que a las otras dos navieras expedientadas y, frente a lo que en la demanda se alega, en la resolución se da también razón de los criterios que se toman en cuenta para la determinación de la sanción destacando de la resolución los factores que inciden en la determinación cuantitativa de la sanción.

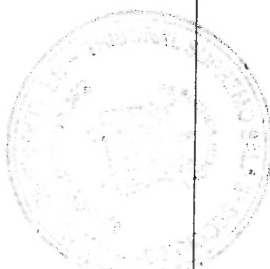
Particularmente se destaca la modalidad y alcance de la restricción al decir que la concertación horizontal de precios constituye una de las más graves modalidades de infracción de las normas de defensa de la competencia y, además, el que las tres navieras no tienen competencia directa alguna, puesto que no existe ninguna otra línea marítima regular que una un puerto español del Mediterráneo Sur con Ceuta ni existe otra naviera que cubra la línea Algeciras-Ceuta fuera de los acuerdos considerados prohibidos. Ello pone de relieve que el TDC, dentro de las previsiones legales, ha acotado las circunstancias a tener en cuenta (y que explícitamente ha valorado) para calcular el importe de las multas impuestas.

Además en el presente caso, la multa no se ha impuesto en su grado máximo, ya que éste, según el artículo 10 de la LDC sería el 10% del volumen de ventas, por lo que los 150 millones de pesetas a que alude dicho precepto no operan como límite máximo, criterio este también reiterado por la Sala en supuestos análogos y ratificado por el Tribunal Supremo que, en la sentencia de 15 de julio de 2002 y en otras, considera conforme con el propio artículo 10 de la Ley 16/1989 la aplicación de aquel coeficiente (lo que aquí no ha sucedido) que permite, en definitiva, que la resolución sancionadora sobrepase el límite ordinario de 150 millones de pesetas utilizando como módulo el 10% del volumen de ventas que en el presente caso se elevó a 14.005.000.000 pesetas. (84,18 millones euros).

Desde esta perspectiva, el juicio de proporcionalidad llevado a cabo por la resolución recurrida nos parece adecuado dada la gravedad de la conducta que, en efecto, ha de considerarse de un grado máximo por los efectos que conlleva al suponer realmente la cartelización del negocio para monopolizar el mercado tal y como correctamente resalta la resolución impugnada. Sin olvidar que no siempre es factible cuantificar las sanciones pecuniarias sobre la base única y exclusiva de meros cálculos matemáticos, como

pretende la actora, y resulta, en palabras de la citada sentencia del Tribunal Supremo "por el contrario, inevitable otorgar al Tribunal de Defensa de la Competencia un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas sin vinculaciones aritméticas a parámetros de "dosimetría sancionadora" rigurosamente exigibles".

En definitiva, la Sala considera que el TDC se ajustó al artículo 10 de la Ley 16/1989 en la imposición de la multa impuesta que, por lo tanto, deberá ser confirmada." (fundamento de derecho séptimo)



Frente a lo resuelto por el Tribunal de Defensa de la Competencia y por la Sentencia de instancia la sociedad recurrente entiende que la vulneración denunciada del principio de proporcionalidad ha quedado acreditada por el hecho de que el propio Tribunal de Defensa de la Competencia, en su resolución de 30 de mayo de 2.006 cambió radicalmente de criterio y otorgó una autorización singular a las tres navieras que les permite el intercambio de billetes durante todo el año en el trienio 2.006-2.008. Para la recurrente, esta decisión le da la razón en cuanto a la posición mantenida años antes sobre que la intercambiabilidad de billetes en la línea litigiosa lleva inexorablemente a un alineamiento natural de los precios, consecuencia que, afirma, es expresamente reconocida por la citada resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de mayo de 2.006. Consecuencia de ésta son las resoluciones del Ministerio de Fomento de 27 y 28 de junio y de 12 de julio de 2.006 por las que se impone un sistema de intercambio de billetes coordinación de horarios en la línea afectada y en la de Algeciras-Tánger. Todas estas circunstancias relativas al cambio de opinión del Tribunal de Defensa de la Competencia y a las posteriores resoluciones del Ministerio de Fomento demuestran que la multa impuesta en el expediente de autos es absolutamente desproporcionada, arbitraria e injusta.

El motivo no puede prosperar. Toda la argumentación del motivo se basa en el supuesto cambio de opinión del Tribunal de Defensa de la Competencia, admitiendo con posterioridad a la sanción que se discute la conveniencia de la intercambiabilidad de billetes y la inevitable consecuencia del alineamiento de los precios. Sin embargo, semejante descripción de los hechos no se atiene a la realidad.

En lo que respecta a la intercambiabilidad de los billetes, hay que destacar que ni la resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia ni la Sentencia recurrida desconocen que ya en el periodo en el que se produce la conducta sancionada existían acuerdos entre las navieras,

admitidos por la Administración, sobre intercambiabilidad de billetes en la línea afectada en este litigio, aunque dichos acuerdos estaban limitados a los periodos de operación paso del estrecho. Pese a ello, tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la Sala de instancia sólo han considerado justificada una autorización de intercambiabilidad en dichos períodos de paso del estrecho, como se explica en el fundamento de derecho sexto de la Sentencia de instancia -que se reproduce más adelante-, y por ello se deniega la autorización singular solicitada por las navieras para todo el año.

En cuanto a las consecuencias anticompetitivas de los acuerdos o autorizaciones de intercambiabilidad de billetes, debe recordarse que tales acuerdos son compatibles con diferencias de precios en función de las estrategias comerciales de las empresas afectadas y de las características de los servicios prestados (mayor o menor calidad o variedad de los mismos), lo que conlleva, en su caso, las correspondientes liquidaciones de las diferencias entre las empresas, tal como recuerda el Tribunal de Defensa de la Competencia en el punto 10 de los hechos probados de su resolución. De esta manera, es perfectamente compatible la admisión o la autorización de acuerdos de intercambiabilidad de billetes y de coordinación de horarios con la existencia de diversidad de tarifas en función de las compañías y embarcaciones.

Es verdad que la citada resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de mayo de 2.006 concede una autorización singular para un sistema de intercambiabilidad en la línea afectada, lo que puede entenderse como un cambio de criterio (de hecho, se formuló un voto particular discrepante). Pero lo relevante es que dicha autorización se otorgó previa modificación del acuerdo para el que se solicitaba autorización en los aspectos que les fueron indicados a las navieras por el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia, y en términos que el citado Tribunal entendió suficientes para asegurar el menor impacto posible sobre la competencia entre las citadas navieras (fundamento décimo segundo de la resolución). Muy destacadamente, se contempla la necesaria compensación entre las empresas afectadas, el respeto a la libertad de precios, así como determinadas previsiones destinadas a evitar un alineamiento general de los precios y a compensar la mayor transparencia de precios que implicaría el acuerdo (fundamentos décimo, décimo segundo y décimo tercero).

Así, la citada resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de mayo de 2.006 reconoce los evidentes efectos negativos que sobre la competencia pudiera tener el nuevo sistema -dado que el acuerdo es un acuerdo en principio excluido por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia-, pero adopta medidas para contrarrestarlos, lo que no sucede en el supuesto de la conducta sancionada. Tampoco es verdad, en contra de lo que afirma la recurrente, que el acuerdo admita como inevitable un pleno alineamiento natural de los precios en caso de intercambiabilidad de billetes. Sin duda la competencia entre diversos operadores queda atenuada en los supuestos de intercambiabilidad de billetes, puesto que las diferencias para el usuario a la hora de seleccionar la compañía resultan menores que si cada naviera comercializa su oferta con total independencia, pero ello no quita a que siga habiendo factores diferenciales como lo puede ser el propio precio y la calidad y variedad de servicios proporcionados en la travesía, factores que permiten sustentar la persistencia de competencia entre las operadoras.

En definitiva, debe subrayarse que el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Sala juzgadora han apreciado que en el período contemplado por la sanción la paralela evolución de los precios no se debía a un efecto de la intercambiabilidad de los precios -que se limitaba a los períodos de operación paso del estrecho-, sino a una concertación de los mismos.

Finalmente, los acuerdos de la Secretaría de Transportes del Ministerio de Fomento aportados al amparo del artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -análogos a los que ya acompañaban al escrito de interposición- únicamente contemplan sistemas de intercambio de billetes para determinados periodos del año de mayor intensidad de tráfico, pero en modo alguno implican la autorización para concertar los precios ni conllevan de manera irremediable un pleno alineamiento natural de los mismos como el que se ha sancionado en el caso de autos.

Por otra parte, en el escrito de la parte en el que se justifica la aportación de dichos documentos, se afirma que los mencionados acuerdos se adoptan ante la terminación por las empresas navieras del acuerdo de intercambiabilidad que fue autorizado por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución de 30 de mayo de 2.003. Pues bien, si el acuerdo autorizado no llegó a ser operativo, dichas resoluciones no suponen

una modificación relevante respecto a la situación anterior, en la que ya existían acuerdos de intercambiabilidad y coordinación de precios en los momentos necesarios de paso del estrecho y sin que ello implicase admitir la concertación de precios. En efecto, los acuerdos mencionados del Ministerio de Fomento sólo imponen la obligación de intercambiabilidad de billetes y de coordinación de horarios en los períodos de paso del estrecho, épocas que de una forma u otra han estado siempre acomodados a criterios semejantes. No hay pues, en contra de la forma de presentar los hechos por la actora, tal contradicción entre la sanción que ahora se combate y las autorizaciones posteriores ni éstas evidencian la denunciada desproporción o arbitrariedad de la sanción impuesta. En consecuencia, ha de rechazarse el motivo.

CUARTO.- Sobre el motivo tercero, referido al principio de confianza legítima.

Sostiene la sociedad recurrente que se ha conculcado el principio de confianza legítima, dado que en todo momento la Administración ha mostrado el máximo interés en la existencia de un mecanismo de intercambiabilidad de billetes. Esta actitud de la Administración habría llevado a la sociedad naviera al convencimiento de que un sistema semejante "gozaba de la protección legal y jurídica de una iniciativa de la Administración".

El motivo debe ser desestimado. Al igual que el motivo segundo, este motivo se asienta en la interesada confusión o identificación que realiza la parte entre intercambiabilidad de billetes y coincidencia de precios. Ni ambos hechos son equiparables ni la coincidencia o evolución paralela de los precios es una consecuencia ineluctable de la intercambiabilidad de billetes. De esta manera, el que la Administración haya buscado el acuerdo de las navieras sobre intercambiabilidad de billetes en el período anterior a la sanción por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia, o que con posterioridad a la misma el regulador de la competencia haya autorizado dicha intercambiabilidad asumiendo posibles consecuencias restrictivas para la competencia o que, finalmente, se hayan dictado resoluciones administrativas imponiendo dicha intercambiabilidad durante los períodos de operación paso del estrecho, no invalidan la ilegitimidad de una concertación de precios entre las navieras, que es lo exclusivamente sancionado en el caso de autos. En consecuencia, no puede esgrimirse la citada conducta de la Administración

favorable a la intercambiabilidad de billetes como justificante de una ilegítima concertación de precios.

QUINTO.- Sobre el motivo cuarto, referido a la denegación de la autorización singular solicitada.

En relación con la solicitud de autorización singular para la intercambiabilidad de billetes durante todo el año, que había denegado el Tribunal de Defensa de la Competencia, la Sentencia de instancia había argumentado del siguiente modo:

"SEXTO.- Respecto de la denegación de la autorización singular solicitada tampoco la Sala puede compartir la tesis propuesta por la recurrente. Por el contrario ha de ratificar también la conclusión a la que llegó el TDC en la resolución impugnada, respecto de la solicitud de autorización singular para un sistema de intercambio de billetes y ordenación de horarios de la línea marítima en cuestión y que, en síntesis, conllevaría la admisión de los pasajeros por las tres navieras con billete de cualquiera de ellas y el establecimiento de una programación de honorarios.

En relación con esta otra cuestión recordemos que en el ámbito de la Unión Europea el artículo 85 del Tratado de Roma dispone *"la incompatibilidad y la prohibición de todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir o falsear dentro del Mercado Común"*.

Si bien, el sistema económico que establece el Tratado se basa en los principios de economía de libre mercado y concede un papel esencial a la libre competencia en la puesta en práctica, desarrollo y consecución del mismo, la libre competencia no es fin en sí mismo, sino un medio para lograr determinados fines que el Tribunal de Justicia de las Comunidades se ha encargado de poner de relieve en numerosas ocasiones, afirmando que la libre prestación de servicios no puede ser limitada nada más que por normas justificadas por el interés general y que atañan a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio de un Estado.

La idea central es pues el mantenimiento de la libre competencia como medio de conseguir un correcto funcionamiento de los mercados que haga posible el desarrollo social y tecnológico, la optimización de los recursos, la mejora en las condiciones de los usuarios, la mejora en la calidad de las prestaciones, entre otras finalidades que también el Tribunal de Luxemburgo ha tenido ocasión de poner de manifiesto.

Ahora bien, cuando concurren determinadas circunstancias puede ser aconsejable asumir un límite a la libre competencia, precisamente como medio idóneo para obtener esos mismos resultados que la libre competencia tiende a producir. Es aquí donde encuentra su sentido el artículo 3.1 de la Ley 16/1989, en cuanto que prevé una autorización de prácticas anticompetitivas, cuando concurren los requisitos señalados que, como la Sala también ha tenido ocasión de decir, tienden a conseguir esos efectos beneficiosos a los que nos hemos referido.

Dispone el artículo 3.1 LDC: *"1. Se podrán autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1º, o categorías de los mismos, que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico, siempre que: a) permitan a los consumidores o*

usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas. b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados".

A juicio de la Sala la dicción del precepto es clara: se requiere la concurrencia de un presupuesto, a saber, que la práctica limitadora de la libre competencia se justifique bien en una mejora, en la producción o comercialización de bienes y servicios, o en la promoción del progreso técnico o económico; y, a continuación, el cumplimiento de tres requisitos que necesariamente han de serlo de forma conjunta y que operan, el primero como un mandato, los dos segundos como límites; y así, en relación con el señalado presupuesto, es necesario que de tales ventajas participen los usuarios y consumidores - fin éste que es uno de los que persigue la libre competencia y cuya concurrencia así es requisito que justifique un límite en la misma-, establecido en la letra a). Pero además, y admitidas las ventajas para el mercado y los consumidores que justifican el límite a la libre competencia, no puede ser nunca objeto de ese límite, según las letras b) y c) del precepto, la prohibición de establecimiento de restricciones innecesarias a las empresas interesadas, y la prohibición de eliminar la libre competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios.


La lógica jurídica del precepto también aparece clara: aunque el principio general es la libre competencia, la misma puede verse limitada cuando ello lleve precisamente a alcanzar los fines que la propia libertad competencial persigue; de ahí que el fundamento para autorizar una práctica restrictiva lo sea la mejora en la producción o comercialización de los bienes y servicios o el progreso tecnológico o económico, pero, como uno de los fines de la libre competencia es que los usuarios y consumidores se beneficien de un mercado más eficiente, tal fin ha de concurrir también en la práctica anticompetitiva para su autorización, de suerte que las ventajas descritas tengan su reflejo en usuarios y consumidores. Pero aún admitiendo en tales circunstancias la permisibilidad de una actuación anticompetitiva nunca es admisible -luego el límite a la competencia no puede alcanzarlos- el establecimiento injustificado de condiciones restrictivas para las empresas y la eliminación de la competencia respecto de una parte sustancial del mercado. Los apartados b) y c) del artículo 3.1 constituyen un ámbito respecto del cual no se admiten en ningún caso restricciones competenciales, conllevando, en definitiva, una prohibición absoluta en la limitación de la libre competencia, y por ello se formulan en el precepto como condiciones negativas.

Pues bien, a la luz de lo anterior tampoco la Sala considera acreditados los requisitos del artículo 3.1 LDC para poder conceder la autorización solicitada, por tratarse de un acuerdo restrictivo de la competencia, que no aparece justificado fuera de los meses de la OPE en los que se concentra la mayor afluencia de viajeros (el 37% y se llega al 43% de los vehículos transportados), respecto de los que ya existe autorización de la intercambiabilidad, y de aquellos otros breves períodos vacacionales (Navidad, Semana Santa, Puentes...). si bien para estos últimos, tal y como indicara el SDC no se ha formulado tal solicitud.

Este Tribunal comparte la conclusión alcanzada por el Servicio de la Competencia acerca de que el Sistema no estaría sometido a competencia alguna puesto que no existen otras navieras fuera de él y, además, si hubiera otras fuera del Sistema y decidieran integrarse en él, es razonable pensar que dejarían de competir, ya que el acuerdo de intercambiabilidad de billetes pretendido fuerza inequívocamente a ello. Por ello es correcta la conclusión, alcanzada por el TDC con independencia del amplio margen de discrecionalidad con que cuenta la Administración en este ámbito, de que no se encuentra justificada la extensión de la aceptación de billetes fuera de los meses en que se desarrolla la Operación Paso del Estrecho y otros breves períodos vacacionales si bien ha de reiterarse que para estos períodos excepcionales no se formula solicitud alguna.

En definitiva la Sala ha de entender incurra la solicitud litigiosa en el ámbito prohibitivo del artículo 3 LDC; sin que, por lo demás, a ello obste la existencia de informes de organismos que no son vinculantes para el órgano encargado de la supervisión y control en el ámbito que le es propio." (fundamento de derecho sexto)

Discute la parte la exactitud de las afirmaciones de la Sentencia en relación con la previa existencia de autorización de intercambiabilidad de billetes, ya que afirma que no hubo autorización alguna hasta la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de mayo de 2.006 sobre la línea Algeciras-Tánger. En lo demás, expone su juicio sobre la procedencia de autorizar la autorización solicitada para todo el año, discutiendo las afirmaciones de la Sala sobre la ausencia de competencia en la línea en caso de otorgamiento de dicha autorización. Afirma igualmente que la referida resolución de mayo de 2.006 evidencia lo injustificado de la negativa mantenida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Sala de instancia en este caso, con infracción de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Ley de Defensa de la Competencia.



La argumentación de la parte tan sólo evidencia una discrepancia con la valoración que en su momento hizo el órgano regulador de la competencia, que la Sala de instancia confirmó, sobre la conveniencia de la autorización desde la perspectiva del mantenimiento de la competencia entre las navieras que operan la línea litigiosa. Y si bien la negativa injustificada a la concesión de una autorización en los términos previstos por el artículo 3.1 de la Ley de Defensa de la Competencia puede ser revisada jurisdiccionalmente, hay admitir la existencia de un amplio margen de apreciación por parte de las autoridades de la competencia a la hora de decidir sobre la conveniencia o no de otorgar una autorización semejante. De esta forma, los razonamientos del Tribunal de Defensa de la Competencia, substancialmente asumidos por la Sala de instancia, no ofrecen evidencias de incurrir en error patente o en arbitrariedad. En efecto, una cosa es la intercambiabilidad de billetes durante los períodos vacacionales o de operación paso del estrecho -para los que, aunque no existiera autorización propiamente dicha con anterioridad a la sanción que se recurre, sí estaban previstos y aceptados por la Administración-, y otra su previsión para todo el año, pues entonces la limitación de la competencia ocasionada por dichos acuerdos en la línea marítima afectada -que, como ya dijimos, no tiene porqué ser la coincidencia de los precios- resultaría excesiva en comparación con sus efectos positivos. En efecto, la negativa a extender la intercambiabilidad a todo el año con la

consiguiente mayor limitación de la competencia, no existiendo fuera de los citados períodos de especial intensidad de tráfico una necesidad ineludible de facilitar una afluencia masiva de viajeros, parece un criterio adecuado y respetuoso con las previsiones del precepto invocado, al no apreciarse fuera de los citados períodos suficientes beneficios para los usuarios que compensen los referidos efectos restrictivos sobre la competencia. Si en un momento posterior el tribunal de Defensa de la Competencia entendió otra cosa en su resolución de 30 de mayo de 2.006 y autorizó un acuerdo general para todo el año (aunque se establecen en él diferencias entre los periodos de paso del estrecho y el resto del año), exigiendo que el acuerdo incluyera las medidas paliativas que estimó oportunas, es cuestión que no invalida la legalidad del acuerdo denegatorio adoptado en su momento.

SEXTO.- Conclusión y costas.

El fracaso de los cuatro motivos en que se funda el recurso de casación conlleva la desestimación del mismo. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, se imponen las costas causadas a la parte recurrente.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Compañía Trasmediterránea, S.A. contra la sentencia de 12 de mayo de 2.006 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 474/2.003. Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Fernando Ledesma Bartret.-Manuel Campos Sánchez-Bordona.-Eduardo Espín Templado.-José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-María Jesús Pera Bajo.-Firmado.-

Lo anteriormente transcrito es copia fiel de su original al que me remito.
Y para que conste y surta los efectos oportunos en el Tribunal de Procedencia, expido el presente testimonio en Madrid, a 24 MAR 2009

