



Roj: **SAN 2692/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:2692**

Id Cendoj: **28079230062014100340**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **30/05/2014**

Nº de Recurso: **195/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a treinta de mayo de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **MEDITERRÁNEA PITIUSA S.L.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Manuel Lanchares Perlado, siendo asistida por el letrado Sr. D. José María Jiménez Laiglesia, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 de febrero de 2012**, relativa a sanción, y la cuantía del presente recurso 402.453 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Mediterránea Pitiusa S.L, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. Manuel Lanchares perlado, frente a la Administración del Estado (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 de febrero de 2012, que impone a la actora la sanción de multa de 402.453 euros.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando la anulación de la resolución impugnada, o la reducción de la cuantía de la multa en los términos solicitados. La actora interesó como diligencia final la testifical del empleado de Balearia que realizó las declaraciones de clemencia, que la Sala no ha considerado necesaria a la vista de la documental incorporada al expediente.

Dentro de plazo legal la Administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y solicitando la confirmación de la resolución impugnada.

TERCERO : Habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, y admitida por auto de 27 de junio de 2.013, fue practicada la misma, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 13 de mayo de 2.014.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 de febrero de 2012, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 402.453 euros, por infracción del Artículo 1 de la Ley 15 /2007 de Defensa de la Competencia.

La Resolución impugnada determina en su parte dispositiva, en lo que ahora interesa:

"Segundo.- Declarar que ... MEDITERRANEA PITIUSA S.L., han infringido el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, al incurrir entre 1995 y 2.011 en una conducta contraria al artículo 1 delimitada en el Fundamento de Derecho Tercero de esta resolución y tipificada como muy grave..."

Segundo.- ...

Tercero.- Imponer las siguientes sanciones por las conductas declaradas contrarias a la ley 15/2007:...

- 402.453 € a MEDITERRANEA PITIUSA S.L."

SEGUNDO.- Son hechos acreditados en autos, que se deducen de la documental que consta en el expediente administrativo los que a continuación se exponen, aceptándose los expuestos en la resolución impugnada, y que también se deducen de la sentencia de esta Sala dictada en fecha 30 de diciembre de 2.013, recurso 196/2012, al margen de lo que expongamos en ulteriores fundamentos de derecho.

A raíz de la denuncia del Consell Insular de Ibiza de 19.4.2010 y de Formentera de 22.10.2009 la Dirección de Investigación abrió información reservada nº 244/2010. Se practicaron inspecciones en fecha 12 de mayo en las sedes de Transmediterránea de Madrid y de Palma de Mallorca, así como de Balearia (Denia, Barcelona, Valencia y Palma de Mallorca).

En fecha 7 de julio de 2.010 se incoa expediente sancionador contra otras empresas, y en fecha 6 de abril de 2.011 se amplía a la hoy actora.

Después de incorporarse el resultado de las inspecciones al expediente, Balearia solicitó exención del pago o reducción de la multa (clemencia) en fecha 15 de mayo de 2.010, llegándose a realizar hasta diez declaraciones.

El 3 de mayo de 2.011 se dicta y notifica pliego de concreción de hechos, formulando la actora alegaciones.

Cerrada la fase de instrucción el 14 de mayo de 2.011, el 22 de junio de 2.011 se emite propuesta de resolución, frente a la que la actora formuló alegaciones.

El Consejo acordó la práctica de prueba y solicitar aclaraciones sobre volúmenes de negocios, por auto de 30.11.2011, presentando la actora alegaciones en fecha 20 de diciembre de 2.011. El 23 de febrero de 2.012 se dictó la resolución sancionadora impugnada.

Visto el contenido del expediente y pruebas practicadas queda acreditado que la recurrente, junto con Balearia y Sercomisa, han constituido un acuerdo para fijar precios y horarios en el transporte de viajeros entre Ibiza y Formentera, lo que se pactaba en diferentes reuniones mantenidas. A las reuniones de dichas empresas acudían por parte de la actora Amparo y Alonso, consejera y gerente, desde abril de 2.004. Por parte de Balearia el Presidente Braulio, los delegados y directores de zona Domingo, Felicísimo y Ildefonso. Por parte de SERCOMISA, que tenía desde años antes una comunidad de bienes con Balearia, Luciano (administrador mancomunado) y Pelayo, y su hijo Segismundo, propietarios de Sercomisa.

Dicho acuerdo duró hasta finales de 2.008, como lo demostraría el correo electrónico de 23.10.2008, sin que se dé mayor relevancia al dato aislado del correo electrónico interno de 22.9.2009 al que alude el folio 79 de la resolución impugnada, siendo así que la participación de la recurrente sólo puede imputarse desde 2.004, como resulta de la declaración de clemencia del representante de Balearia.

La participación de la recurrente, en esencia, ha quedado acreditada:

-Por las declaraciones efectuadas en el expediente de confidencialidad de Balearia (declaración 8ª de 5.4.2011 de Ildefonso, y 9ª, de 15 de abril de 2.011, folios 5769 y ss y 5999 y ss), así como los correos electrónicos aportados por dicha empresa, internos y emitidos con TRASMAPI.

-La denuncia del Consell Insular de Formentera de 1 de julio de 2.010 (folios 2078 y ss), que pone de relieve la subida de precios habida.

-El correo electrónico remitido por la actora de fecha 23.9.2008, folio 5821 y ss, con indicación de los horarios propuestos, y el fax remitido por la actora a Balearia con indicación de los precios del transporte de fecha 3.5.2006, folio 5805, sin que la actora haya justificado suficientemente el motivo de la remisión del mismo a un competidor como Balearia.

Por otro lado, debemos recordar lo que dijimos en sentencia de 30.12.2013 sobre este punto:

"La resolución recurrida señala que la práctica colusoria no sólo consta acreditada por las declaraciones del solicitante de clemencia Balearia sino por diversas comunicaciones entre Balearia y Sercomisa que aportó el solicitante de clemencia y que se recogen en los HP 150 a 158. Asimismo constan dos comunicaciones

dirigidas a Balearia aportadas por Mediterránea Pituisa (fax mayo 2006 y correo electrónico de septiembre de 2008). Ello acredita a juicio de esta Sala la existencia de la práctica colusoria en los términos declarados en la sentencia. Como señala la sentencia de 27 de julio de 2012 del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Tercera) asunto T-439/07 (49) "las declaraciones realizadas por empresas implicadas en el marco de solicitudes para acogerse a las Comunicaciones sobre la cooperación de 1996 o de 2002 deben apreciarse con prudencia y, en general, no pueden considerarse elementos de prueba especialmente fiables si no vienen corroborados por otros elementos". En este caso las declaraciones de las empresas que han cooperado con la CNC vienen adveradas por la prueba documental citada en la que se reconoce 1) la voluntad de las navieras de consensuar horarios, 2) que existe un acuerdo entre Trasmapi y Mediterranea Pitiusa para no coincidir en los horarios, 3) que se sospecha de un posible incumplimiento por parte de M. Pitiusa en cuanto a los precios aplicados fuera de taquilla (restaurantes, hoteles) 4) que se habrían solicitado al Conseller medidas para evitar que un tercer operador pudiese entrar en la línea con condiciones comerciales mas ventajosas y 5) que se ha pactado un precio con M. Pitiusa en un trayecto determinado para impedir la entrada de nuevos operadores como Iscomar. Por parte de Mediterranea Pitiusa se aporta 1) fax de mayo de 2006 enviado desde Pitiusa a un número de fax perteneciente a Balearia de comunicación de precios y 2) un correo electrónico enviado en septiembre de 2008 por M. Pitiusa a Trasmapi también con unos horarios. A ello hay que añadir que la Dirección de Investigación ha elaborado un cuadro comparativo de las tarifas aplicadas por la Comunidad de Bienes y M. Pitiusa desde 2006 hasta 2010 en que se aprecia una intensa similitud de precios

Esta conducta a diferencia de la analizada en el apartado anterior sí que debe ser calificada como cartel dado el carácter secreto de los acuerdos que se adoptaron conociéndose su existencia precisamente por la aportación de documentación por parte de la solicitante de clemencia y M, Pituisa, que evidencian que la fijación de los parámetros de precios y horarios fue el resultado de un pacto y no de la decisión independiente de las empresas que intervenían en el mercado...

TERCERO.- Por consiguiente, a la vista de todo lo expuesto ha quedado acreditada la participación de la actora, teniendo en cuenta que la declaración obtenida en el expediente de confidencialidad no constituye, por sí sola, la prueba única de la participación de la actora, respetándose así la Jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea (St de 16.6.2011, asunto Heincken).

Por otro lado, también conviene tener en cuenta que la sentencia de esta Sala de fecha 8 de noviembre de 2.012, en el procedimiento de derechos fundamentales 1/2012, como se deduce de su contenido, respecto del cual se anula la sanción impuesta a Balearia, se limita en sus efectos a la empresa que formuló dicho recurso y obtuvo respecto de su situación jurídica individualizada la anulación de dicha sanción, por lo que no puede entenderse, como hace la actora, que se considere no acreditada la infracción imputada a la recurrente por vulneración de un derecho fundamental ocasionada a una tercera empresa. Por consiguiente, tales efectos extensivos de dicha vulneración carecen de fundamento legal alguno.

Existen, por tanto, indicios suficientes de la comisión de la infracción y participación de la recurrente, cobrando entonces relevancia, las declaraciones y notas manuscritas que derivan del expediente de clemencia, ya como verdadera prueba indiciaria, añadida a la anterior, debiéndose recordar que la utilización de la prueba de indicios ha sido admitida en el ámbito del derecho de la competencia por el Tribunal Supremo, ya en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997, 26 de octubre de 1998 y 28 de enero de 1999, entre otras. Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, conforme exige la LEC 1/2000 (art.386.1), y ello concurre en el presente caso.

La actora también añade, para desvirtuar lo expuesto que la similitud de precios a la que se alude no es real, pese a lo que indique el Consell, que existió una guerra de precios entre las empresas a las que se refiere la CNC en la línea Ibiza-Formentera, y que debe sorprender que la imputación de Balearia lo haya sido en la octava de sus declaraciones. También alude a las solicitudes de ataque remitidas a la autoridad portuaria, copias de declaraciones de pasajeros, para acreditar la autonomía de la actora para establecer los horarios, recordando además, que ha habido supuestos de subcontratación del servicio público sobre frecuencia horaria.

Estas alegaciones, pese a su aparente razonabilidad no son suficientes. La similitud de precios se deduce del propio informe del Consell insular, aunque no quiere decir que haya sido continua, pues es posible, como ha declarado esta Sala reiteradamente, que el mantenimiento de un cártel durante un período de tiempo no tiene por qué suponer que lo haya sido con pleno cumplimiento de los acuerdos entre sus integrantes. Y finalmente, que la declaración inculpativa contra la recurrente haya sido tardía no significa que no sea válida, si lo corroboran además, otras pruebas, como hemos expuesto antes. Por otro lado, los documentos indicados no tienen entidad suficiente para justificar las anteriores alegaciones, a la vista de la inidoneidad suficiente de las mismas para justificar que no ha habido tal coordinación de precios y horarios. Los supuestos de

subcontratación del servicio público, tampoco impiden que haya habido tal coordinación, pues no es preciso que ésta lo sea para todos los transportes realizados.

En todo caso, debe entenderse igualmente, a los efectos de determinar los hechos acreditados que la participación de la recurrente se ha desarrollado entre 2.004 y 2.008, sin que haya otros indicios que justifiquen dicha participación hasta 2.011, a diferencia de lo que ha podido ocurrir en el cártel de las Islas Baleares-Península. E igualmente, que la participación de la recurrente en el cártel para fijar precios y horarios ha resultado ser muy inferior que la de la comunidad de bienes constituida por Balearia- Sercomisa (o Flebasa-Trasmapi), que operó antes de que entrase en el mercado afectado (transporte de personas Ibiza-Formentera) la actora Mediterránea Pitiusa.

En consecuencia, debemos rechazar el primero de los motivos formulados, el relativo a la participación de la actora, sin perjuicio de lo que hemos expuesto y expongamos con posterioridad.

CUARTO.- En el siguiente motivo, ya en el ámbito de la aplicación del principio de proporcionalidad exigido por el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, debemos partir de la base de que la resolución impugnada ha aplicado a la recurrente la sanción del 10% de la cifra total de negocios del ejercicio 2.010, al ser inferior al 15% del volumen del mercado afectado en los ejercicios 2004 a 2.011.

En este sentido, la actora, además de recordar la doctrina de la Sala sobre la invocación del principio de proporcionalidad, que recuerda en el escrito presentado de fecha 18.3.2014, lo cierto es que en el caso de la recurrente, que como reconoce en la demanda es una PYME que se dedica exclusivamente al transporte de viajeros entre Ibiza y Formentera el volumen total de negocios y mercado afectado han de coincidir.

En este sentido postula la existencia de diversas circunstancias que justificarían la reducción de la sanción impuesta. Procedemos a examinarlas.

1.- El principio de confianza legítima (art.3.1 de la Ley 30/92 del PAC), al tratarse de una actuación impulsada por el Consell Insular. Este motivo ya fue expuesto en la sentencia de fecha 30.12.2013, en el recurso interpuesto por Servicios y Concesiones Marítimas ibicencas, en el sentido de que la Administración insular pudo haber pretendido el fomento del número de viajes entre las dos islas, pero ello no significa que coordinase precios ni horarios.

En aquella sentencia decíamos sobre este tema:

"QUINTO: Considera el recurrente que la resolución ha infringido el principio de confianza legítima. Señala que cuando determinadas situaciones han sido auspiciadas por la propia Administración y prácticamente exigidas por esta, el ciudadano tiene derecho a confiar que no se le va a imponer una sanción por haber llevado a cabo lo que la propia Administración le venía a exigir. Alega que la CNC ha manifestado su aquiescencia en la formación y operativa de la Comunidad de Bienes por un lado y el resto de las autoridades administrativas no han formulado oposición alguna durante 12 años en que la Comunidad de Bienes ha operado en dicho mercado con absoluta transparencia y el Consell de Formentera siempre ha avalado el funcionamiento y solo puso de manifiesto en su denuncia la existencia de un incremento de precios en el año 2004.

En cuanto al principio de confianza legítima la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2013 asunto C-681/11 señala que

(40) debe recordarse que las autoridades nacionales de defensa de la competencia pueden decidir excepcionalmente no imponer una multa aun cuando una empresa haya infringido deliberadamente o por negligencia el artículo 101 TFUE . Puede darse ese caso cuando un principio general del Derecho de la Unión, como el de protección de la confianza legítima, se opone a la imposición de una multa.

(41) Sin embargo, nadie puede invocar la violación del principio de protección de la confianza legítima si la Administración competente no le ha dado garantías concretas (véanse las sentencias de 17 de marzo de 2011 , AJD Tuna, C-221/09, Rec. p. I- 1655, apartado 72, y de 14 de marzo de 2013 , Agrargenossenschaft Neuzelle, C-545/11 , Rec. p. I-0000, apartado 25).

En este caso, tal como señala la resolución recurrida, se ha realizado una prueba en fase de Consejo en la que ha quedado acreditado que la intervención del Conseller en este asunto quedó limitada a una petición para que las navieras ofrecieran un servicio a primera hora de la mañana y otro a ultima hora del día, con el fin de dar un mejor servicio a la población. No puede alegarse, amparándose en este hecho, que sea de aplicación el principio de confianza legítima a los acuerdos en precios y de coordinación de horarios que Balearia, Sercomisa y Pitiusa llevaron a cabo a continuación de esta solicitud...

2.- Su escasa relevancia en el mercado frente a la de la comunidad de bienes, que dispone de una cuota del 80%, aunque lo cierto es que la cuota de la actora también resulta relevante, pues se halla en torno a un 18-20% (folio 2728).

Debemos admitir por otro lado, que la CNC no ha motivado de forma específica la imposición de la sanción a la recurrente, y no ha valorado sus circunstancias personales concurrentes, como son:

- La menor participación respecto de las otras dos empresas que formaron parte de la comunidad de bienes que inició la coordinación de precios y horarios, como hemos expuesto en el fundamento de derecho segundo.
- La inexistencia de prueba de la participación de la recurrente más allá de 2.008.
- La menor cuota de mercado de la actora.

Por todo ello, la Sala considera que debió ser aplicado un porcentaje del 3% del volumen total de negocios correspondiente al ejercicio anterior, 2.011, a la fecha de la resolución impugnada.

En consecuencia, por todas las razones expuestas, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo que formula la recurrente con carácter parcial, anulándose la resolución impugnada, pero debiéndose retrotraer las actuaciones para que la CNC mediante resolución motivada, determine la sanción atendiendo al volumen afectado por la infracción de la empresa recurrente correspondiente al año 2011, en un porcentaje del 3%, lo que se determinará en ejecución de sentencia.

QUINTO.- Conforme al art. 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción dada por la Ley 37/2011, al haberse estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo, no procede realizar condena alguna en cuanto a las costas procesales.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, ha decidido:

1º.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Mediterránea Pitiusa S.L.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Manuel Lanchares Perlado, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 de febrero de 2012**, y en consecuencia, anulamos la misma, en los términos establecidos en el fundamento de derecho cuarto .

2º.- DESESTIMAR

el recurso contencioso-administrativo en cuanto a lo demás que solicita la recurrente .

3º.- No ha lugar a hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales .

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación ordinario, por lo que resulta firme, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.