



Roj: **STS 2559/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:2559**

Id Cendoj: **28079130032015100186**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **01/06/2015**

Nº de Recurso: **874/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5859/2013,**
STS 2559/2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo **Contencioso-Administrativo**

Sección: **TERCERA**

S E N T E N C I A

Fecha de Sentencia: 01/06/2015

RECURSO CASACION Recurso Núm.: 874 / 2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Votación: 24/02/2015

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

Escrito por: PJM

Nota:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA (expte. S/0244/10 CNC Navieras

Baleares): imposición de sanción por conducta contraria a art. 1 Ley 15/07

Defensa de la Competencia calificada como muy grave entre 2001 y 2010. TRASMEDITERRÁNEA.

Estimación en parte rº c-a: retroacción de actuaciones para que CNC determine el importe de la sanción atendiendo al volumen afectado por la infracción correspondiente al año 2011.

ESTIMACIÓN CASACIÓN de Trasmediterránea: casa sentencia y se estima recurso c-a, anulando resolución impugnada.

QUEDA SIN OBJETO CASACIÓN del Abogado del Estado por haberse casado la sentencia recurrida.

RECURSO CASACION Num.: **874/2014**

Votación: 24/02/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Eduardo Espín Templado

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

SENTENCIA**TRIBUNAL SUPREMO.****SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: TERCERA****Excmos. Sres.: Presidente:****D. Pedro José Yagüe Gil****Magistrados:****D. Eduardo Espín Templado**

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas**D^a. María Isabel Perelló Doménech**

En la Villa de Madrid, a uno de Junio de dos mil quince.

VISTOS por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, los recursos de casación tramitados bajo el número 874/2.014, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, y por COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA, S.A., representada por el Procurador D. Jorge Laguna Alonso, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 23 de diciembre de 2.013 en el recurso contencioso-administrativo número 188/2.012, sobre expediente sancionador de la Comisión Nacional de la Competencia (S/0244/10).

Son partes recurridas COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA, S.A., representada por el Procurador D. Jorge Laguna Alonso, y 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 23 de diciembre de 2.013, por la que se estimaba parcialmente el recurso promovido por Compañía Trasmediterránea, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 de febrero de 2.012 que resolvía el expediente S/0244/10. En la misma se declaraba que la recurrente había incurrido, junto con otras empresas navieras, en dos conductas, tipificadas como muy graves, contrarias al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, imponiéndosele a la recurrente una sanción de 36.110.800 euros.

La sentencia anula la resolución impugnada, ordenando la retroacción de actuaciones para que la Comisión Nacional de la Competencia, mediante resolución motivada, determine de nuevo el importe de la sanción atendiendo al criterio recogido en el fundamento de derecho sexto de la resolución judicial.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante y la Administración demandada han presentado sendos escritos preparando recurso de casación, los cuales fueron tenidos por preparados en diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de instancia de fecha 28 de febrero de 2.014, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Recibidas las actuaciones tras haberse efectuado los emplazamientos, se han entregado las mismas al Abogado del Estado para que manifestara si sostenía el recurso, habiendo presentado en el plazo concedido el escrito por el que lo interpone al amparo 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, formulando un único motivo por infracción de los artículos 1, 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 3 del Código Civil y con el artículo 23.2 del Reglamento CE 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2.002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

Termina el escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida, y que se dicte en su lugar otra más conforme a derecho, por la que se declare la plena conformidad a derecho de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 23 de febrero de 2.012 con lo demás que sea procedente.

La representación procesal de Compañía Trasmediterránea, S.A. ha comparecido en forma en fecha 21 de abril de 2.014, mediante escrito interponiendo su recurso de casación, que articula en los siguientes motivos, amparados todos ellos en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción:

- 1º, por infracción de los artículos 62.1.a) y 64.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , en relación con el artículo 76.2 de la Ley jurisdiccional , así como de la jurisprudencia;
- 2º, por infracción del artículo 24.2 de la Constitución y del artículo 137.1 de la Ley 30/1992 en relación con el artículo 1.1 de la Ley 15/2007 ;
- 3º, por infracción del artículo 4.6, párrafo segundo del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto , en relación con el artículo 68.1 de la Ley 15/2007 y en relación con el concepto de infracción continuada aplicado y su conexión con la prescripción de determinados hechos supuestamente típicos;
- 4º, por infracción del artículo 131.3 de la Ley 30/1992 , y
- 5º, por infracción del artículo 64.3.b) de la Ley 15/2007 .

Finaliza su escrito con el suplico de que se dicte sentencia por la que se estime íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto conforme a las pretensiones que planteó en la instancia.

Los recursos de casación han sido admitidos por providencia de la Sala de fecha 2 de octubre de 2.014.

CUARTO .- Personada Compañía Trasmediterránea, S.A. también como parte recurrida, ha formulado escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, solicitando en el mismo que se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el mismo y confirme la sentencia impugnada en los aspectos impugnados por el recurso de casación de la Abogacía del Estado, con imposición de costas a ésta.

Asimismo se ha opuesto el Abogado del Estado al recurso de casación de Trasmediterránea, suplicando en su escrito que se dicte sentencia por la que se desestime el mismo y se impongan las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la Ley de la Jurisdicción.

QUINTO .- Por providencia de fecha 17 de diciembre de 2.014 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 24 de febrero de 2.015.

El 27 de febrero se ha dictado providencia en la que, con suspensión del plazo para dictar sentencia, se acuerda oír a las partes sobre la incidencia que pueda tener en este recurso la Sentencia de esta misma Sección dictada ese mismo día en el recurso de casación 1.292/2.012 . La representación procesal de Compañía Trasmediterránea, S.A. en su escrito expone que el efecto que ha de tener dicha sentencia para el presente recurso debería ser el de dar lugar a la estimación de los motivos casacionales segundo y tercero, con la consiguiente estimación íntegra del recurso contencioso-administrativo, por inexistencia de prueba de cargo válida capaz de desvirtuar la presunción de inocencia de la citada mercantil, sin que pueda ésta entenderse desvirtuada por la declaración de clemencia de Balearia. El Abogado del Estado manifiesta en su escrito que el asunto sigue planteado en los mismos términos que hasta el presente, puesto que la sentencia dictada en el recurso 1.292/2.012 aborda o se refiere a cuestiones ajenas a las que han planteado las partes en el este recurso.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Espín Templado** , Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La sociedad mercantil Compañía Trasmediterránea, S.A., (en adelante, Trasmediterránea) y el Abogado del Estado interponen sendos recursos de casación contra la Sentencia de 23 de diciembre de 2.013 , que estimó en parte el recurso entablado por la citada compañía contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 23 de febrero de 2.012, que declaró a la recurrente y a otras compañías de transporte marítimo responsables de conductas contrarias al derecho de la competencia y les imponía determinadas sanciones. La Sentencia impugnada estimaba en parte el recurso de Trasmediterránea en lo que respecta a la cuantificación de la multa, ordenando la retroacción de actuaciones al objeto de que la Comisión Nacional de la Competencia determinase la cuantía de la multa en función del volumen afectado por la infracción correspondiente al año 2.011.

El recurso de casación formulado por Trasmediterránea se articula mediante cinco motivos, todos ellos amparados en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. El primero de ellos se funda en la infracción de los artículos 62.1.a) y 64.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), en relación con el 76.2 de la Ley jurisdiccional y de la jurisprudencia,

por no tener en cuenta la Sentencia recaída en el procedimiento de derechos fundamentales 1/2.012 tramitado ante la misma Sala de instancia y que anuló la sanción impuesta a Balearia por la misma resolución sancionadora.

En el segundo motivo se aduce la infracción de los artículos 24.2 de la Constitución y 137.1 de la citada Ley 30/1992, en relación con el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio). La parte aduce que existe insuficiencia de material probatorio para desvirtuar la presunción de inocencia.

El tercer motivo se basa la infracción del artículo 4.6, párrafo 2º, del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora (Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto), en relación con el artículo 68.1 de la referida Ley de Defensa de la Competencia , en relación con el concepto de infracción continuada aplicado en la Sentencia y su conexión con la prescripción de determinados hechos supuestamente típicos.

El cuarto motivo se funda en la infracción del artículo 131.3 de la Ley 30/1992 , por la incorrecta aplicación del principio de proporcionalidad en relación con la consideración de la situación económica del infractor.

Finalmente, el quinto motivo se apoya en la infracción del artículo 64.3.b) de la Ley de Defensa de la Competencia , por la inaplicación por parte de la Sentencia recurrida de la atenuante relativa a la falta de realización efectiva de las conductas prohibidas.

El recurso formulado por el Abogado del Estado se funda en un único motivo, que se ampara en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico. Se basa en la infracción de los artículos 1 , 63 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia , en relación con el artículo 3 del Código Civil y el 23.2 del Reglamento comunitario CE 1/2003, respecto al cálculo de la sanción de multa en relación con el ámbito afectado en vez de con el volumen total de negocio de la empresa sancionada.

SEGUNDO .- Sobre la Sentencia de esta Sala de 27 de febrero de 2.015 (RC 1.292/2.012).

La mercantil recurrente, la Compañía Trasmediterránea S.A. y Trasmediterránea Cargo, S.A. interpusieron recurso contencioso administrativo contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de julio de 2.010. Esta resolución había inadmitido el recurso administrativo entablado contra las órdenes de investigación de 3 y 12 de mayo de 2.010; contra los actos materiales de ejecución de dichas ordenes consistentes en las inspecciones de las sedes de dicha empresas de Palma de Mallorca y Madrid desarrolladas los días 11 y 12 de mayo; y contra la resolución de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia de 18 de mayo.

La Audiencia Nacional desestimó dicho recurso mediante Sentencia de 7 de febrero de 2.012 , que fue impugnada en casación por las referidas compañías y que fue resuelto por la mencionada Sentencia de esta Sala de 27 de febrero de 2.015 (RC 1.292/2.012). En esta Sentencia se declaró haber lugar al recurso de casación y se estimó el recurso contencioso administrativo *a quo* , anulando la referida resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de julio de 2.010, así como las órdenes de investigación de 3 y 12 de mayo de 2.010 y la actuación inspectora desarrollada durante los días 3 y 12 de mayo en las sedes de Trasmediterránea ubicadas en Alcobendas (Madrid) y Palma de Mallorca.

En nuestra Sentencia se justificaba la casación de la Sentencia de la Audiencia Nacional y la estimación del recurso contencioso administrativo en en las siguientes razones:

" **SÉPTIMO**.- La Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional objeto de impugnación, reproduce sus propios precedentes jurisprudenciales, la doctrina constitucional sobre el artículo 18.2 CE y los preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia que regulan las facultades de la inspección, para concluir que las Ordenes de Investigación impugnadas no vulneran el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, basando esta conclusión en el consentimiento expreso de las empresas recurrentes.

Al abordar la alegación a la falta de definición del objeto y finalidad de la inspección, se remite la Sentencia a en el séptimo de los fundamentos jurídicos a la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, cuyos términos reproduce, entendiendo suficiente la información incluida en las Ordenes, sin necesidad de mayores concreciones, máxime, << cuando las ordenes de investigación determinan la fecha y las inspecciones duraron un solo día en Palma de Mallorca y dos días en el caso de Madrid >>.

Pues bien, dejando al margen el debate sobre la efectiva vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 CE , es lo cierto que las razones que expresa la Sala de la Audiencia Nacional relativas a las exigencias que han de observar las Ordenes de investigación no resultan válidas ni suficientes al no ajustarse a los parámetros incluidos en la normativa vigente, que antes hemos transcrito, ni a las pautas y directrices jurisprudenciales que antes hemos expuesto.

El apartado tercero del artículo 13 del Reglamento de Defensa de la Competencia refiere respecto al personal que lleva a cabo la inspección que debe presentar una autorización escrita del Director de Investigación << ...que indique el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma>>.

Y, como hemos señalado en la Sentencia de 10 de diciembre de 2014, la exigencia de tales especificaciones guarda correspondencia con lo establecido en el artículo 20.4 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002. Y recordábamos entonces la Sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) de 25 de noviembre de 2014 (asunto T-402/13) destaca, citando jurisprudencia del Tribunal Justicia, que la exigencia de indicar el objeto y la finalidad de una inspección constituye ante todo una "garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas". De la fundamentación de esta Sentencia interesa reproducir aquí los siguientes apartados:

(...) 80 En ese contexto, se ha de recordar que la obligación impuesta por el artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003 de indicar el objeto y la finalidad de una inspección constituye, en efecto, una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de tales decisiones todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar con precisión el mercado de referencia, ni a proceder a una calificación jurídica exacta de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el cual se habrían cometido las mismas, debe indicar en cambio, con la mayor precisión posible, las presunciones que pretende comprobar, es decir, qué es lo que se busca y los datos acerca de los que se debe practicar la inspección (véanse en ese sentido las sentencias Hoechst/Comisión, apartado 79 supra, EU:C:1989:337, apartado 41; de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec, EU:C:1989:379, apartado 10, y Roquette Frères, apartado 23 supra, EU:C:2002:603, apartado 48).

[...]

83 En efecto, conviene recordar que la exigencia de una protección contra las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de cualquier persona, sea física o jurídica, que fueran arbitrarias o desproporcionadas constituye un principio general del Derecho de la Unión (sentencias Roquette Frères, apartado 23 supra, EU:C:2002:603, apartado 27; de 14 de noviembre de 2012, Nexans France y Nexans/Comisión, T-135/09, EU:T:2012:596, apartado 40, y Prysmian y Prysmian Cavi e Sistemi Energia/Comisión, T-140/09, EU:T:2012:597, apartado 35).

84 Pues bien, para respetar ese principio general una decisión de inspección debe dirigirse a obtener la documentación necesaria para verificar la realidad y el alcance de una situación de hecho y de Derecho determinada acerca de la cual la Comisión ya dispone de informaciones constitutivas de indicios suficientemente fundados que permiten sospechar la existencia de una infracción de las normas sobre competencia (sentencias Nexans France y Nexans/Comisión, apartado 83 supra, EU:T:2012:596, apartado 43, y Prysmian y Prysmian Cavi e Sistemi Energia/Comisión, apartado 83 supra, EU:T:2012:597, apartado 38; véase también en ese sentido y por analogía la sentencia Roquette Frères, apartado 23 supra, EU:C:2002:603, apartados 54 y 55).

[...]

89 Por otra parte, hay que recordar que el control de la motivación de una decisión también permite al juez velar por el respeto del principio de protección contra las intervenciones arbitrarias y desproporcionadas, en cuanto esa motivación lleve a poner de manifiesto el carácter justificado de la intervención que se pretende realizar en el interior de las empresas afectadas (sentencias Hoechst/Comisión, apartado 79 supra, EU:C:1989:337, apartado 29; Roquette Frères, apartado 23 supra, EU:C:2002:603, apartado 47; France Télécom/Comisión, apartado 27 supra, EU:T:2007:80, apartado 57).

90 En ese sentido es oportuno recordar que el artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003 define los datos esenciales que deben exponerse en una decisión que ordena una inspección, al exigir que la Comisión indique el objeto y la finalidad de ésta. En virtud de esa obligación, de la jurisprudencia citada en el anterior apartado 80 resulta que incumbe a la Comisión indicar con la mayor precisión posible las presunciones que pretende comprobar, es decir, qué es lo que se busca y los datos acerca de los que se debe practicar la inspección.

91 Por tanto, cuando el Tribunal aprecia que las presunciones que la Comisión se propone verificar y los datos acerca de los que se debe practicar la inspección están definidos con suficiente precisión, puede concluir que

la decisión de inspección no tiene carácter arbitrario, sin que sea preciso comprobar materialmente los indicios de los que disponía la Comisión cuando la adoptó...

Sobre el significado y alcance de la exigencia de motivación en las decisiones de inspección son ilustrativas las consideraciones que se exponen en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 25 de junio de 2014, asunto C-37/13 P. En lo que ahora interesa, en esa Sentencia se dice:

(...) 32 Igualmente, según reiterada jurisprudencia, la exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias del caso, en particular del contenido del acto, de la naturaleza de los motivos invocados y del interés que los destinatarios del acto u otras personas afectadas directa e individualmente por éste puedan tener en recibir explicaciones. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias del artículo 296 TFUE debe apreciarse a la luz no sólo de su texto, sino también de su contexto y de todas las normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (sentencia Solvay/Comisión, EU:C:2013:796, apartado 91 y jurisprudencia citada).

33 Igualmente debe tenerse en cuenta el marco jurídico en el que se desarrollan las inspecciones de la Comisión. Los artículos 4 y 20, apartado 1, del Reglamento nº 1/2003 confieren, en efecto, facultades de inspección a la Comisión con el fin de permitirle cumplir su misión de proteger el mercado común de distorsiones de competencia y de sancionar posibles infracciones a las normas sobre competencia en el referido mercado (véase, en este sentido, la sentencia Roquette Frères, C- 94/00, EU:C:2002:603, apartado 42 y jurisprudencia citada).

34 En consecuencia, por lo que respecta más concretamente a las decisiones de inspección de la Comisión, del artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003 se deriva que éstas deben indicar, en particular, el objeto y el objetivo de la inspección. Como ha precisado el Tribunal de Justicia, esta obligación de motivación específica constituye una exigencia fundamental no sólo para poner de manifiesto el carácter justificado de la intervención que se pretende realizar en el interior de las empresas afectadas, sino también para que éstas estén en condiciones de comprender el alcance de su deber de colaboración, preservando al mismo tiempo su derecho de defensa (véase, en este sentido, la sentencia Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, EU:C:1989:337, apartado 29). [...]

36 Si bien corresponde ciertamente a la Comisión indicar, con la mayor precisión posible, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación (sentencia Roquette Frères, EU:C:2002:603, apartado 83 y jurisprudencia citada), no es, en cambio, indispensable hacer constar en una decisión de inspección una delimitación precisa del mercado relevante, la calificación jurídica exacta de las supuestas infracciones ni la indicación del período durante el que, en principio, se cometieron las mismas, siempre que esa decisión de inspección contenga los elementos esenciales referidos anteriormente (véanse, en este sentido, las sentencias Dow Chemical Ibérica y otros/Comisión, EU:C:1989:380, apartado 46, y Roquette Frères, EU:C:2002:603, apartado 82).

37 En efecto, teniendo en cuenta que las inspecciones tienen lugar al principio de la investigación, como ha señalado la Abogado General en el punto 48 de sus conclusiones, la Comisión no dispone aún de información precisa para emitir un dictamen jurídico específico y debe, en primer lugar, verificar la procedencia de sus sospechas y el alcance de los hechos ocurridos, siendo la finalidad de la inspección precisamente recabar las pruebas relativas a una infracción objeto de sospecha (véase, en este sentido, la sentencia Roquette Frères, EU:C:2002:603, apartado 55 y jurisprudencia citada)...

Y concluimos en la indicada Sentencia de 10 de diciembre de 2014 que << no resulta exigible que la Orden de Investigación contuviese una información pormenorizada sobre los hechos y datos que eran objeto de investigación; pero sí debía contener especificaciones que indicasen de manera suficiente el objetivo y finalidad de la investigación. >>

OCTAVO. - De lo anteriormente expuesto, se desprende que los criterios y parámetros manejados en la Sentencia de la Audiencia Nacional en el enjuiciamiento de las Ordenes de Investigación no se ajustan a la normativa y la jurisprudencia aplicables en cuanto confirma la legalidad de las Ordenes afirmando que contenían suficiente información << sin necesidad de mayores concreciones, tanto en el ámbito objetivo como temporal >> a lo que añade, máxime cuando las ordenes << determinan la fecha y las inspecciones duran sólo un día en Palma de Mallorca y dos días en el, caso de Madrid >>, que las Ordenes no contienen las mínimas especificaciones exigibles, en relación al objetivo y finalidad de la investigación en las sedes de las compañías recurrentes. La Sala considera bastante, pues, la genérica referencia a una posible infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, y la amplia delimitación del objeto, que se refiere al << transporte marítimo regular de pasaje vehículos en régimen de pasaje y carga >>. Expresiones, éstas, que no concretan ni permitieron conocer a las sociedades afectadas que era lo que se estaba investigando ni los elementos sobre los que se

iba a realizar la investigación, y por esta indefinición de las Ordenes impide que puedan cumplir el cometido de constituir una verdadera garantía del derecho de defensa de las empresas afectadas.

NOVENO.- Las consideraciones llevan a concluir que la sentencia recurrida debe ser casada por la estimación del motivo de casación segundo., y procede, pues, entrar a resolver el debate en los términos planteados en el proceso de instancia ex artículo 95.2.) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción .

Y ello nos lleva al examen de las Ordenes de investigación impugnadas y a determinar si se especificaba en las mismas con la necesaria concreción el objeto y la finalidad de la investigación, al menos -en términos de la Sentencia de 10 de diciembre de 2014 - <<en sus rasgos básicos>>.

Pues bien, las dos Ordenes de investigación se redactan de forma idéntica para la sede de Alcobendas y para la de Palma de Mallorca y se delimita el objeto de la misma en los siguientes términos: <<verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de las entidades inspeccionadas que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y por los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea >> y continúan indicando <<consistentes, en general, en acuerdos para el reparto del mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales no equitativas y, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre del mercado>> y en cuanto este último se define como <<el mercado de transporte marítimo regular de pasaje de vehículos en régimen de pasaje y carga>>.

Las Ordenes de investigación que examinamos resultan sumamente genéricas e incurren en un claro *déficit* en cuanto a la información mínima indispensable sobre el objeto y alcance de la investigación, pues respecto a las conductas inspeccionadas se refiere a aquellas contrarias a los artículos 1 y 2 de la LDC y los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , consistentes, en general en acuerdos para el reparto de mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, la imposición de precios, la imposición de condiciones comerciales no equitativas, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre del mercado de transporte marítimo regular de pasaje, vehículos en régimen de pasaje y carga.

Tampoco se hace en las Ordenes impugnadas una mención al singular ámbito de la actuación de la investigación, pues se refieren de manera genérica y excesivamente amplia al mercado de <<transporte marítimo regular de pasaje vehículos en régimen de pasaje y carga>>, sin especificar el tipo o modalidad del mismo, ni se define ni precisa el ámbito territorial al que se refiere la investigación.

Es cierto que las Ordenes de investigación se dictaron en virtud de una información <<reservada>> según, se indica en las mismas, que señalan que la actuación se inicia por razón de una <<una denuncia>> pero sin detallar a que aspecto de la actividad mercantil de las recurrentes se refería. Pero esta materia

<<reservada>> no permite obviar el cumplimiento de las exigencias mínimas que derivan de los preceptos y de la jurisprudencia a la que hemos hecho mención, de los que deriva que la Orden debe contener las especificaciones básicas que indiquen el objeto y la finalidad de la inspección, lo que aquí no sucede.

En fin, los datos y elementos contenidos en las Ordenes de investigación impugnadas no delimitan, como se exige en el artículo 40 de la Ley de Defensa de la Competencia y en el artículo 13 del Reglamento mencionado, las conductas objeto de la investigación, ni tampoco acotan de forma adecuada su objeto: el transporte marítimo al que se refiere, la modalidad, el régimen y, en fin, el ámbito territorial de la actividad en la que operan las compañías recurrentes, siendo así que esta información podía fácilmente ceñirse en la medida que la denuncia inicial que dió lugar a la actuación de la Comisión Nacional de la Competencia se construyó exclusivamente al ámbito balear.

Procede, por lo razonado, estimar el recurso contencioso deducido y anular las dos Ordenes de Investigación de 3 y 12 de mayo de 2010 sobre las sedes sociales de Trasmediterránea SA y Trasmediterránea Cargo SA en Alcobendas y Palma de Mallorca, por haberse dictado con vulneración del artículo 40 de la Ley de Defensa de la Competencia y 13 del Reglamento de Defensa de la Competencia , puestos en relación con el artículo 20.4 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002; debiendo anularse asimismo el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de julio de 2010 (expediente 0046/10) que inadmitió el recurso interpuesto contra las Ordenes de Investigación de la Dirección de Investigación, en la medida que tal recurso era admisible.

Estimado el recurso por la razón expuesta, resulta ya innecesario el examen del motivo de casación primero, pues una vez anulada la Orden de Investigación quedan privadas de validez las actuaciones inspectoras que a su amparo se llevaron a cabo en la sede de Trasmediterránea SA y Trasmediterránea Cargo S.A. los días 3 y 12 de mayo de 2010, sin que proceda entonces que entremos a dilucidar si en el desarrollo de tales actuaciones se incurrió, en la vulneración constitucional que se invoca en el primer motivo de casación." (fundamentos de derecho séptimo a noveno)

Recaída la Sentencia de la que se acaba de dar referencia, se acordó oír a las partes sobre la incidencia que pudiera tener la misma sobre el presente recurso de casación, habida cuenta, se añadía en la providencia, "que en el presente supuesto ha existido una solicitud de clemencia por parte de una de las empresas sancionadas en el marco del expediente que dio origen al acto recurrido en la instancia, solicitud que supuso la aportación de información sobre las conductas prohibidas".

El Abogado del Estado expresó en su escrito de alegaciones que no apreciaba relación alguna entre la referida Sentencia y el presente supuesto, señalando la falta de vinculación entre la solicitud de clemencia y las órdenes de investigación que pudieran dictar la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia.

La Compañía Trasmediterránea, por su parte, presentó un extenso escrito de alegaciones. Señala en primer lugar que la nulidad de la actuación inspectora desarrollada en las sedes de la compañía en Madrid y Palma de Mallorca supone la ilicitud del material probatorio recabado tanto en las sedes de Trasmediterránea como en las de Balearia, practicadas éstas al amparo de órdenes de investigación de la misma fecha y con el mismo tenor que las anuladas por la Sentencia de esta Sala. Y anuladas dichas pruebas, las aportadas por la solicitud de clemencia no pueden considerarse suficientes al no estar corroboradas por pruebas independientes. Considera además la mercantil recurrente que la propia solicitud de clemencia está contaminada por la ilicitud de las pruebas previas de las que deriva, ya que dicha clemencia fue pedida como consecuencia de la inspección desarrollada en las sedes de Balearia el 11 de mayo de 2.011; sería, dice la recurrente, como las confesiones de un detenido cuando la detención ha sido ilícita. En definitiva entiende que la anulación de las inspecciones ahonda la insuficiencia del material probatorio que ya había sido denunciado en el motivo segundo del recurso de casación.

Afirma la recurrente que, como consecuencia de lo anterior, hay que comprobar que elementos probatorios de los que fueron tenidos en cuenta por la resolución impugnada y la Sentencia de instancia han quedado invalidados y si subsisten otros válidos e independientes de las pruebas ilícitas. En este sentido, insiste en que la solicitud de clemencia de Balearia es dependiente de las afectadas por la nulidad, puesto que sin ellas nunca se habría producido la declaración de Balearia. Además, con carácter general las declaraciones efectuadas por el solicitante de clemencia no son pruebas suficientes por sí solas, sino que resulta imprescindible que sean corroboradas por otros datos. Y en el caso presente, no solamente no existe tal corroboración, sino que la declaración de Balearia es una reconstrucción interesada con el claro propósito de minorar su responsabilidad. Por otra parte, afirma, aun en la hipótesis de que se les atribuyera algún valor a los datos aportados por la solicitud de clemencia, no permiten acreditar la participación de Trasmediterránea en un supuesto cartel entre 2.001 y 2.010 para las líneas entre Baleares y la Península.

Así pues, en opinión de la compañía recurrente, las tres fuentes en que se apoya la Comisión Nacional de la Competencia (la documentación recabada en las sedes de Trasmediterránea, la recabada en las sedes de Balearia y la aportada en la solicitud de clemencia de Balearia) han quedado invalidadas.

TERCERO .- Sobre el motivo segundo del recurso de la compañía Trasmediterránea, relativo a la insuficiencia probatoria.

La Sentencia impugnada establece los hechos probados y considera acreditada la comisión de la conducta infractora por parte de Trasmediterránea en los siguientes términos:

" **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 han sido recogidos en la sentencia de esta Sala dictada en fecha 27 de septiembre de 2.013, recurso 189/2012 , al margen de lo que exponemos en ulteriores fundamentos de derecho:

" *Que entre 2001 y 20010, la recurrente TRASMEDITERRANEA, junto con BALEARIA (hasta 2003 UMAFISA) e ISCOMAR mantuvieron contactos y reuniones realizan los acuerdos bilaterales y multilaterales en materia de intercambio de espacios de carga y pasajeros en sus buques de explotación conjunta de las líneas marítimas y de diversos parámetros comerciales, como precios, horarios, ofertas, tasas, recargos, descuentos u otros...*

Constan documentos en el expediente que contienen acuerdos bilaterales y multilaterales, en ocasiones firmados, y en ocasiones en versión borrador, entre las entidades TRANSMEDITERRANEA, BALEARIA e ISCOMAR, que pueden ser agrupados como sigue:

- *Trasmediterránea y Umafisa: 2001-2003*
- *Trasmediterránea y Balearia: 2001-2010*
- *Balearia e Iscomar: 2003-2009*
- *Trasmediterránea e Iscomar : 2007-2009*

- *Balearia, Iscomar y Trasmediterránea: 2008-2009*

Y cuyo contenido ha sido detallado por la Dirección de Investigación como sigue:...

A.3 BALEARIA - ISCOMAR

(92) Fax del consejero delegado de ISCOMAR al presidente de BALEARIA de 5-02-03 (Recabado en formato papel en inspección de Balearia-Denia. Balearia, en su solicitud de reducción, ha aportado acuerdo Mediterráneo (folio 504) idéntico al folio 1381) sobre un acuerdo en el Mediterráneo en pasajeros, vehículos y carga en las líneas Alcudia-Ciudadela con un reparto al 50% y Denia-Ibiza-Palma con un reparto a decidir (folios 1381; 1396-1399).

(93) Correo de 7-02-03 (Recabado en formato papel en inspección de Balearia-Denia) del Consejero delegado de ISCOMAR al presidente de BALEARIA con copia al Director general (En ese momento, el actual director general de Trasmediterránea) de ISCOMAR sobre un posible acuerdo en las líneas Denia-Ibiza-Denia; Denia-Ibiza-Palma y Alcudia-Ciudadela con reparto al 50% y con comercialización a un precio concertado (folios 1400-1402).

(94) Acta de una reunión celebrada el 27-08-03 (Declaraciones y documento aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) entre BALEARIA e ISCOMAR en la oficina de esta última en Palma preparatoria de posibles acuerdos para la explotación conjunta de las líneas Alcudia-Ciudadela-Barcelona y Denia-Ibiza-Palma que, de acuerdo con declaraciones de BALEARIA en su solicitud de reducción, no se llegaron a concretar (folios 3098; 3170-3181). A la reunión asistieron por parte de BALEARIA, entre otras, el director general de carga y por parte de ISCOMAR, entre otras, el director general, el delegado en Menorca y un consejero. El acta fue remitida el 29-08-08 por fax por UMAFISA a BALEARIA.

(95) Correo interno de BALEARIA del director general de carga al presidente de 11-09-03 (Declaraciones y documento aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) en el que se da traslado de una reunión mantenida con ISCOMAR sobre un posible acuerdo de colaboración y sobre otra reunión mantenida entre BALEARIA y TRASMEDITERRÁNEA (folios 3098; 3182-3183). A la reunión con ISCOMAR asistieron por parte de esta empresa el director general, el delegado en Menorca y un consejero.

(96) Borrador de acuerdo de septiembre 2003 (Declaraciones y documento aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción. Los términos del acuerdo son prácticamente idénticos que los del borrador de acuerdo de septiembre de 2003 entre Trasmediterránea y Balearia) a firmar entre el presidente de BALEARIA y el consejero delegado de ISCOMAR (folios 3098-3099; 3185-3193) cuyo objeto era la optimización, con reparto de ingresos y gastos, de los servicios de transporte marítimo de pasajeros, vehículos y carga rodada en las líneas marítimas Barcelona-Ciudadela/Mahón; Alcudia-Ciudadela/Mahón; Denia-Ibiza; Ibiza-Palma y Denia-Palma. En las líneas con Menorca, el reparto es al 50%. En el resto, al 65%-BALEARIA/35%-ISCOMAR. En el borrador de acuerdo se contemplaba la posibilidad de que BALEARIA repartiera con TRASMEDITERRÁNEA el 33,3% de ingresos y gastos en la línea Barcelona-Ciudadela en tanto se consiguiera con esta compañía un acuerdo en las líneas Denia-Ibiza y Barcelona-Mahón aceptado por ISCOMAR.

El borrador contemplaba el cargo de un porcentaje idéntico sobre las ventas en concepto de gastos generales y comerciales y la posibilidad de comercializar los servicios realizados por la otra parte que no figuran en el mismo en las mismas condiciones y precios que tuviera la empresa prestataria del citado servicio. Asimismo, se incluía un intercambio de slots. Según declaraciones de BALEARIA en su solicitud de reducción, este intercambio fue lo único que llegó a aplicarse en la práctica. El acuerdo entraría en vigor el 29-09-03 y tendría una duración anual prorrogable por períodos iguales.

(97) Borrador de acuerdo de 26-09-03 (Declaraciones y documento aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) ([...]) cuyo objeto era el intercambio de metros lineales en las líneas Barcelona-Ibiza; Barcelona-Mahón; Ibiza-Formentera; Valencia-Palma; Barcelona-Palma/Ibiza. En el acuerdo se contemplaba la no contabilización como metros lineales liquidables de los metros de las cabezas tractoras en la carga autopropulsada "para compensar el menor coste portuario de la carga autopropulsada respecto de la manipulada".

Asimismo, el acuerdo contemplaba que una de las dos firmantes alcanzara un acuerdo de explotación conjunta, venta o intercambio de slots con TRASMEDITERRÁNEA en alguna línea de este acuerdo, en cuyo caso dicho acuerdo debería prever el mantenimiento de este acuerdo tanto en sus barcos como en los de TRASMEDITERRÁNEA. El acuerdo entraría en vigor el 29-09-03 y tendría una duración de un año prorrogable tácitamente.

(98) Correo de 20-12-03 (Recabado en formato electrónico en inspección Balearia) (folios 4251-4254) de ISCOMAR a BALEARIA en el que le manifiesta la reticencia de su empresa a "ampliar la colaboración" con BALEARIA por diversas razones y le remite estadísticas del tráfico Barcelona-Mahón de dos buques de BALEARIA en el período julio 2003 - diciembre 2003.

(99) Correo de 27-06-06 (Recabado en formato electrónico en inspección Balearia) (folios 4280-4281) cruzado entre ISCOMAR y BALEARIA para proceder al embarque de pasajeros de ISCOMAR en buque de BALEARIA en la línea Barcelona- Mahón. El embarque se hace de acuerdo con un planteamiento que se entiende responde a "lo que está acordado entre ISCOMAR y BALEARIA". Asimismo, BALEARIA informa a ISCOMAR del "precio inter-navieras actualmente en vigor".

(100) Acuerdo de 28-09-06 (Recabado en formato papel en Inspección Balearia-Barcelona) (folios 1116-1117) firmado entre el presidente de BALEARIA y el consejero delegado de ISCOMAR por el que se concierta el embarque recíproco de carga autopropulsada con chófer en las rutas interinsulares Mallorca- Menorca, Mallorca-Ibiza e Ibiza-Formentera. Se establecen precios de intercambio y una cláusula por la que ambas empresas se comprometen a respetar a los clientes exclusivos de la otra naviera. La duración del acuerdo es de un año a contar desde el 2-10-06.

(101) Addendum de 23-03-07 (Recabado en formato papel en Inspección Balearia-Barcelona) (folio 1143) por el que se prorroga el acuerdo anterior y se modifica retirando BALEARIA un buque en temporada baja de una línea en la ruta Mallorca- Menorca.

(102) BALEARIA en su solicitud de reducción (Declaraciones y documentos aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) ([...]) [...] en 2007 se celebró un acuerdo (folios 725-727) entre BALEARIA e ISCOMAR en la línea Alcudia- Ciudadela que implicaba un acuerdo de precios para esta ruta. El acuerdo comenzaría el 1 de octubre de 2007 y finalizaría el 23 de marzo de 2008. Se facilitó copia del acuerdo al Gobierno de las Islas Baleares (folio 728).

(103) Acuerdo de 23-03-07 (Recabado en formato papel en Inspección Balearia-Barcelona y en formato electrónico en inspección Balearia) firmado por el presidente de BALEARIA y el consejero delegado de ISCOMAR (folios 1140-1142; 4284- 4286) por el que se concertaba el embarque recíproco entre ambas empresas de pasaje y carga autopropulsada con/sin chófer en las rutas Península-Baleares (Cataluña-Isla de Ibiza/Menorca, Levante-Isla de Ibiza, Cataluña-Mallorca, Levante- Mallorca), se establecen precios de intercambio y una cláusula por la que ambas empresas se comprometen a respetar a los clientes exclusivos de la otra naviera. La duración del acuerdo es de un año a contar desde el 26-03-07.

(104) Addendum de 28-09-07(Recabado en formato papel en Inspección Balearia-Barcelona y en formato electrónico en Balearia) (folios 1118; 4288) por el que se prorrogaba el acuerdo anterior y se modificaba la colaboración en una línea de las rutas Cataluña-Isla de Ibiza y Cataluña-Menorca.

(105) En correo interno de 17-03-08, aportado por Balearia en su solicitud de reducción y recabado en formato electrónico en la inspección a Balearia, del director general de carga al presidente de BALEARIA se informa sobre una reunión de 13-03-08 (folios 629; 4301-4302) en la sede de BALEARIA de Barcelona con, entre otros, el director general de carga de ISCOMAR con propuesta de acuerdo y convocatoria de una nueva reunión para el 28-03 en Denia, y en el que se lee:

"El acuerdo básicamente sería para incrementar los precios entre Denia elbiza..." y los puntos mas relevantes que resumen serían los siguientes:

- Intercambiar listas de clientes autopropulsado y logística distinguiendo clientes exclusivos/compartidos.
- Compromiso de no embarcar clientes de la lista de una naviera en la otra. Disuadir mediante tarifón e incluso notificando falta espacio en buque.
- Incremento de precios a la mayor brevedad y, como pretexto, la subida del carburante. - Acuerdo precio m/l y plataformas clientes nuevos con mínimas diferencias entre ambas navieras.
- Acuerdo precio intercambio para situaciones de fuerza mayor o exceso demanda.

(106) Borrador de acuerdo de 4-04-08 (Recabado en formato papel en Inspección Balearia-Palma y en formato electrónico en inspección Balearia (4308; 4310) a firmar entre el presidente de BALEARIA y el consejero delegado de ISCOMAR (folios 1320; 4308; 4310) por el que se concertaba el embarque recíproco de carga autopropulsada con/sin chófer o ronzada en líneas de las rutas Cataluña-Isla de Ibiza/Menorca, Levante-Isla de Ibiza, Mallorca-Isla de Ibiza, Mallorca-Levante, Cataluña- Mallorca y Levante-Mallorca y se establecía un precio de intercambio. La duración del acuerdo sería de un año a contar desde el 4-06-08.

(107) Correo de 5-04-08 (Recabado en formato electrónico en inspección Balearia) (folios 4306-4307) del director general de carga de BALEARIA al director general de ISCOMAR con copia al presidente de BALEARIA y otros directivos de ISCOMAR manifestando su conformidad a los comentarios del director general de ISCOMAR sobre el acuerdo de 4-04-08. En particular, se refiere a la cláusula de clientes exclusivos de la que indica que "no es para firmar por cuestiones obvias de TDC y por no estar suficientemente maduro el mercado". Según correo de

la misma fecha del director general de carga de BALEARIA a directivos de esta empresa (folios 4309-4310) el acuerdo entró en vigor el día anterior.

(108) Entre el 12 y 16-05-08 (Declaraciones y documentos aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción. Recabado en formato papel en inspección Balearia-Palma) (folios 680; 687; 1270; 2617) se celebró reunión en la sede de ISCOMAR de Palma, aportado por Balearia en su solicitud de reducción y recabado en formato electrónico en la inspección a Balearia, en la que se abordaron: aplicación del cargo de combustible (BAF, Bunker Adjustment Factor. Cláusula utilizada en el comercio internacional para ajustar las fluctuaciones del precio del crudo.) durante ese mes; incremento de precios de pasaje y vehículos en las líneas Valencia-Palma y Barcelona-Palma; establecimiento de una diferencia máxima del 30% en el precio de ambas navieras en la línea Denia-Ibiza y establecimiento de un precio de intercambio en caso de incidencias.

(109) El 20-05-08 (Declaraciones y documento aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) (folios 681; 689) se produjo conversación telefónica en la que se acordó retrasar la aplicación del BAF por parte de ISCOMAR al 4 de junio; el importe de los cargos y los precios de tarifa oficial y oferta 48 horas en las líneas Península-Baleares.

(110) Correo interno de 22-09-08 (Recabado en formato electrónico en inspección Balearia) (folios 4393-4397) del director de informática al presidente de BALEARIA y otros directivos remitiendo otro del (El abogado interno de Balearia remite este correo desde una dirección webmail) abogado interno de esta empresa al consejero delegado y al director general de ISCOMAR en el que se adjunta borrador de acuerdo de 18-09-08. Éste tiene por objeto posibilitar y garantizar los servicios de carga autopropulsada en los buques de ambas compañías en líneas de las rutas Cataluña-Menorca, Cataluña-Isla de Ibiza, Cataluña- Mallorca, Mallorca- Menorca, Levante-Isla de Ibiza y Levante-Mallorca. Se establece un precio de intercambio. La duración del acuerdo para las líneas de Cataluña con las islas menores sería del 18-09-08 hasta el 30-05-09 y para una línea de la ruta Mallorca- Menorca hasta el 30-03-09.

(111) Correo interno de 24-09-08 (Recabado en formato electrónico en inspección Balearia) (folios 4398-4400) del director general de carga al director de zona de Baleares y Estrecho de BALEARIA adjuntando borrador de addendum al borrador de 18-09-08 para el tráfico interinsular balear que se refiere a una línea en la ruta Mallorca-Menorca. Se establece un precio de intercambio.

(112) Nota manuscrita de 6-11-08 (Recabado en formato papel en inspección Balearia-Palma) (folio 1235) en la que consta "Acuerdo ISCOMAR:

+ ISC = BM+BI

+ BAL = DI

CB con un barco cada uno".

Parece referirse a la creación de una comunidad de bienes entre las dos compañías en la que cada una aportaría un barco. ISCOMAR realizaría las líneas Barcelona-Mahón y Barcelona-Ibiza y Balearia operaría la línea Denia-Ibiza.

(113) Entre el 22-10-08 y el 26-03-09 se cruzaron varios correos (folios 4423-4426; 4441-4448; 4455-4457; 4471-4477; 4503-4506) (Recabados en formato electrónico en inspección Balearia) entre BALEARIA e ISCOMAR remitiendo variaciones al borrador de 18-09-08. Se proponía la creación de una o varias comunidades de bienes pues, a juicio del presidente de BALEARIA, "las autoridades de competencia las verían con muy buenos ojos con la que está cayendo" (folio

4426). Esta idea, no obstante, se rechazó pues el gabinete jurídico de BALEARIA recomendó expresamente que "en el ámbito de la CB debíamos descartar la idea de subida de precios" (folio 4445). El acuerdo supondría la retirada de un buque por parte de cada empresa en líneas de las rutas Cataluña-Isla de Ibiza/Cataluña-Menorca (BALEARIA) y Levante-Isla de Ibiza (ISCOMAR) (folios 4426; 4446; 4455;4505). A juicio del presidente de BALEARIA, "son tiempos de acordar y no de guerrear" (folio 4426).

(114) En uno de los correos, el director general de negocio de BALEARIA manifiesta, a raíz de una nueva propuesta, que "deberíamos fijar unas tarifas más acordes con el precio de venta actual (PVP -20%) y establecer un mínimo de PVP para evitar una guerra de precios" (4503).

(115) BALEARIA aporta en el marco de su solicitud de reducción documentación contable que refleja la facturación cruzada entre ambas empresas desde 2001 (folios 5541-5552)."

También se declara probado:

"A.4. TRASMEDITERRÁNEA - ISCOMAR

(116) Entre el 27-12-07 y el 9-01-08 (Recabado en formato electrónico en inspección Trasmediterránea) (folios 3383-3393) se cruzaron varios correos entre ACCIONA-TRASMEDITERRÁNEA e ISCOMAR a propósito de un acuerdo con entrada en vigor el 9 de enero que se adjunta y cuyo objeto es el tráfico roro (Roll-on/roll-off (de carga) en los tráficos península-Baleares. Cada empresa retiraba un buque y dejaba otro realizando los dos buques que quedan el tráfico conjunto según itinerario pactado. Ambas partes garantizan a la otra el uso preferente de determinados huecos a un precio de intercambio preestablecido. El acuerdo estaría vigente de 9-01-08 a 15-10-08 prorrogable por períodos anuales de forma automática.

(117) Nota manuscrita de reunión de 8-04-09 (Recabado en formato papel en inspección Trasmediterránea-Palma. Despacho del director de carga de Baleares) (folio 873) en la que constan:

- Intercambio mismos metros mismos PAX
- Vender pasaje plazas acordadas al mismo precio nuestro - Mahón/Ibiza
- Plazas limitadas a precio mayorista
- Margen sobre precio de mercado entre 15/20%
- Antes de inicio de nuevo acuerdo consolidar cuentas antiguas

(118) Reunión de 15-04-09 (Recabado en formato papel en inspección Trasmediterránea-Palma) (folio 997) a la que asistieron el consejero delegado y el director general de ISCOMAR y el director general y el director de pasaje de TRASMEDITERRÁNEA. En la reunión se trataron diversos aspectos relacionados con carga y pasaje entre los que cabe destacar la fijación de un precio de intercambio en carga y la venta de pasaje por parte de ISCOMAR en líneas de las rutas Cataluña-Isla de Ibiza y Cataluña- Menorca de TRASMEDITERRÁNEA a los precios de ésta y con un margen predeterminado y la venta de pasaje por TRASMEDITERRÁNEA en una línea de la ruta Levante-Isla de Ibiza de ISCOMAR a los precios de ésta y con el mismo margen predeterminado.

(119) Correo interno de 15-04-09 (Recabado en formato papel en inspección Trasmediterránea-Palma) (folio 980) del director de carga de Baleares de TRASMEDITERRÁNEA en el que informa al director general y otros directivos de peticiones de ISCOMAR para llegar a un acuerdo que incluyen la no incorporación de un buque en las islas menores. Se sugiere consolidar y liquidar saldos de temporadas anteriores.

(120) Acuerdo de 15-07-09 (Aportado por Balearia como elemento de prueba que acompaña a su solicitud de reducción) (folios [...]) entre Tasmar Logística, S.A., filial de ISCOMAR, y TRASMEDITERRÁNEA por el que la primera pacta la reserva de unos espacios en los buques de la segunda a unos precios preestablecidos a cambio de la exclusividad de los embarques de Tasmar en la compañía naviera.

A.5. BALEARIA - ISCOMAR - TRASMEDITERRÁNEA

(121) En marzo 2008 (Declaraciones aportadas por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) (folios [...]) se produjo una reunión entre las 3 empresas en la sede de TRASMEDITERRÁNEA en Palma (Asistentes: Balearia - entre otras, presidente, director general de carga y director zona Baleares y Estrecho; Acciona - director general de Trasmediterránea, directora gerente Acciona Logística, director de carga de Baleares, delegado de Palma y ex director general de carga; Iscomar - consejero delegado, director general, consejero y ex director general de carga) en la que TRASMEDITERRÁNEA propuso poner fin a la guerra comercial iniciada en enero 2006 y establecer acuerdos de incremento de precios vinculados a conceptos concretos (BAF por ejemplo). Se definió una hoja de ruta para concretar estos incrementos de precios y las fórmulas que permitieran el mutuo respeto de las carteras de clientes. Se acordó limitar el número de interlocutores.

(122) El 2-06-08 (Declaraciones y documento aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción. Recabado en formato papel en inspección Balearia-Palma) (folios 681; 691; 1273) se produjo una reunión en Palma entre las 3 empresas en la que se acordó nueva subida del BAF para pasaje y vehículos por incremento precio combustible que se anunciaría a partir del 9 de junio y se aplicaría a final de mes. Se acordó con ISCOMAR el incremento de precios en la línea Valencia-Palma y Barcelona-Palma.

La cita de esta reunión está recogida en las agendas del director general de TRASMEDITERRÁNEA y la directora gerente de Acciona Logística (folios 3857; 3874).

(123) Nota manuscrita de reunión navieras el 4-06-08 (Recabado en formato papel en inspección Trasmediterránea-Madrid) (folio 1053). Se trataron los siguientes asuntos:

- Actualización de precios: flete+BAF transporte marítimo
- Cobro de cabeza tractora

(124) Correo interno de 12-06-08 (Recabado en formato electrónico en inspección Balearia) del director general de carga al presidente de BALEARIA informando sobre una reunión de 11-06-08 (folios 4342-4343) con ISCOMAR y TRASMEDITERRÁNEA en la que se convocó una nueva reunión para el 19-06 y se trataron los siguientes temas:

- La aplicación del BAF se está consolidando: TRASMEDITERRÁNEA e ISCOMAR ya han aplicado la segunda revisión y revisarán el 1º día del mes y BALEARIA ya ha comunicado la segunda revisión y revisará el 10º día del mes.
- Cobro de cabezas tractoras: TRASMEDITERRÁNEA cobrará 100€ a partir 1 julio; ISCOMAR 95€ en julio sin especificar fecha y BALEARIA igual que TRASMEDITERRÁNEA pero al principio no a todas las cargas.
- Subida de precios de las navieras: se estudia aplicación de precios mínimos.
- Subida de precios del transporte por carretera de las empresas logísticas de alrededor del 10%: la propondrá TRASMEDITERRÁNEA en próxima reunión.
- Optimización de buques y sus rotaciones.
- Precios de intercambio: se analiza aplicación del BAF.

(125) Nota manuscrita de reunión de 19-06-08 (Recabado en formato papel en inspección Trasmediterránea-Palma) (folios 895- 896) en la que consta:

- Cabezas tractoras: CT 1 julio; BAL - 14 julio; IC 17 julio. Aparecen también los importes de las tres empresas
- Transporte terrestre: subida el 1 de julio.
- Manipulado Ro-Ro - 100€= subida 1 septiembre
- Fecha de aplicación a los 3 metros de la cabeza tractora del precio m/l.- 1 septiembre
- Celebración de reuniones fuera de recintos e instalaciones propias.
- Subida de precios mínimos por parte de TRASMEDITERRÁNEA.

La cita de esta reunión, celebrada en las oficinas de BALEARIA de Barcelona, está recogida en la agenda de la directora gerente de Acciona Logística (folio 3852).

(126) En junio de 2008 (Declaraciones aportadas por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) ([...]) se celebró una reunión en la sede de TRASMEDITERRÁNEA de Palma en la que se acordó subida escalonada del precio del BAF a partir de julio de 2008 estableciéndose el orden (1º BALEARIA, 2º TRASMEDITERRÁNEA, 3ª ISCOMAR) y que el período de aplicación de subida entre una y otra compañía sería de 10 a 15 días.

(127) En julio 2008 (Declaraciones aportadas por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) (folio [...]) se celebró reunión en un hotel de Lérida para seguimiento de la subida del BAF, establecimiento de mecanismos de cobro sobre las cabezas tractoras de las empresas logísticas y aplicación del BAF sobre las mismas. Se discutió por la captación de clientes de unas navieras a otras y se habló de la posibilidad de intercambiar información sobre clientes morosos para endurecer las condiciones de embarque de forma coordinada.

(128) Nota manuscrita de 1-09-08 (Recabado en formato papel en inspección Balearia-Palma) (folio 1228) en la que consta que en las líneas Denia-Palma, Valencia- Palma, BALEARIA reduce un FC (ferry convencional) y Acciona [TRASMEDITERRÁNEA] un FF (fast ferry), por lo que se produce una fuerte reducción de la oferta. En las líneas Denia-San Antonio, Denia-Ibiza y Valencia-Ibiza Balearia reduce un FC y Acciona [TRASMEDITERRÁNEA] 1 FF por lo que se produce una moderada reducción de la oferta. En la línea Palma- Ibiza Acciona [TRASMEDITERRÁNEA] reduce un FF y se produce una fuerte reducción de la oferta.

(129) Correo interno de BALEARIA de 4-09-08 del director general de carga al presidente en el que manifiesta su opinión sobre una propuesta de acuerdo remitida el 3-09-08 (Recabado en formato electrónico en inspección de Balearia) (folios 4376-4377) por el consejero delegado de ISCOMAR al presidente de BALEARIA y al director general de TRASMEDITERRÁNEA consistente en la existencia de un solo buque diario a Ibiza y Mahón durante la temporada baja quitando un buque ISCOMAR y otro BALEARIA durante dos meses y un buque TRASMEDITERRÁNEA durante un mes.

(130) Nota manuscrita de reunión de 15-09-08 (Recabado en formato papel en inspección Trasmediterránea-Palma) (folios 900- 901) en la que consta:

- 1) Agravios y desviaciones en un plazo de 1 semana
- 2) Convocar a las empresas participadas
- 3) Reforzar acuerdo marzo y cita:

- Clientes compartidos: lista, censo histórico enero-abril con porcentaje, intercambiar precio, volcar información quincenal.
- Equiparación de fletes+BAF
- Islas Menores: 10% recargo
- Aplicar BAF por todos los metros
- Aplicar 100€ cabeza tractora 1 octubre

La cita de esta reunión está recogida en la agenda del director general de TRASMEDITERRÁNEA (folio 3861).

(131) Correo de 25-11-08 (Recabado en formato electrónico en inspección Balearia) del consejero delegado de ISCOMAR al director general de TRASMEDITERRÁNEA y al presidente de BALEARIA en el que expone sus conclusiones sobre la reunión del día 24-11-08 (folio 4458):

- ISCOMAR dispuesta a retirar un buque siempre que BALEARIA quite otro y se produzca intercambio de slots de carga y capacidad de venta de pasaje; TRASMEDITERRÁNEA debería quitar también un barco pero no es condición indispensable.

(132) En febrero 2009 (Declaraciones aportadas por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) ([...]) tuvo lugar una reunión en las oficinas de TRASMEDITERRÁNEA en Palma en la que tanto BALEARIA como TRASMEDITERRÁNEA reprocharon a ISCOMAR el acercamiento a sus clientes. Todas las empresas coincidían en que se debían controlar las acciones comerciales de cada una dado que el objetivo de los contactos era subir precios y mantener el status quo entre las tres empresas.

(133) Correo de 17-02-09 (Recabado en formato electrónico en inspección Balearia. Enviado desde una dirección webmail) (folio 4493) del director general de TRASMEDITERRÁNEA al presidente de BALEARIA en el que le informa de una reunión con el consejero delegado de ISCOMAR ese día.

(134) Nota manuscrita de reunión de 24-02-09 (Recabado en formato papel en inspección Trasmediterránea-Palma) (folio 867) en la que constan los siguientes asuntos:

- "Paro de acciones inmediata
- Subida 15 marzo: ISCOMAR no quiere subir primero - propone 30 marzo; BALEARIA el 15 abril.
- Cruzamos escritos comunicación
- Lista clientes contrato."

(135) Acuerdo de 18-02-09 (Recabado en formato electrónico en inspección Balearia. Como en los acuerdos de 18-12-08 y 15- 03-09 entre Balearia y Trasmediterránea no se contemplan signatarios y se indica al final que ambas partes manifiestan su conformidad con el contenido del acuerdo) (folios 4042-4043) entre las tres empresas cuyo objeto es complementar los distintos servicios que prestan en determinadas líneas en Baleares garantizándose recíprocamente espacios para carga los días que la otra compañía no disponga de servicios a un precio de intercambio preestablecido. Las líneas afectadas son Barcelona-Mahón, Barcelona-Isla de Ibiza, Barcelona-Palma, Valencia-Isla de Ibiza, Valencia-Palma y Denia- Ibiza. Cada compañía retira un buque o abandona una línea.

(136) El 3-03-09 (Declaraciones aportadas por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) (folios 716; 741-742) se celebró reunión en un hotel de Valencia en la que se controlaba si las compañías realizaban las subidas de precios pactadas y si se respetaban los clientes respectivos mediante ofertas disuasorias para que los clientes desistieran. Las reuniones celebradas a partir de marzo tenían por objeto mantener el status del momento de reparto de clientes, controlar que las subidas de precios pactadas se realizasen y promover acciones para procurarse ingresos extraordinarios (folio 741).

(137) Nota manuscrita de reunión el 4-04-09 (Recabado en formato papel en inspección Trasmediterránea-Palma) (folio 868) en la que constan los siguientes asuntos:

- "Aumento lineal NO
- S/R 10-13-16 (incluye cabeza tractora)
- IC [ISCOMAR] le parece una subida alta
- IC no sube el primero, necesita confianza y estabilidad del mercado"

(138) Nota manuscrita de reunión el 27-04-09 (Recabado en formato papel en inspección Trasmediterránea-Palma) (folios 875- 878) en la que constan:

- "Posibles subidas: código ISPS, costes financieros, retornos
- Intercambio listado clientes morosos - cada 15 días
- IC - subir manipulado
- IC - subida vía BAF o T3 2 a 3 euros
- BAL - 5% lineal puerta a puerta. 4/5 euros
- CT - 3/5 euros
- 1 Junio: CT primero, IC segundo, BL tercero. IC lanzar 15 mayo
- Retornos - lo tiene que consultar a Andrés. Miedo a tribunal competencia. Muchas subidas
- IC dice que CT salga primero"

(139) El 22-05-09 (Declaraciones aportadas por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) (folio [...]) se celebró una reunión tripartita en un hotel de Barcelona en la que se informó a ISCOMAR de los aspectos tratados entre BALEARIA y TRASMEDITERRÁNEA en la reunión de mayo 2009.

(140) Según declaración de BALEARIA en su solicitud de reducción, las reuniones semanales previstas en la reunión del 16-06- 09 se celebraron en junio, julio y septiembre paralizándose la última semana de este mes por la situación económica de ISCOMAR. En ellas, se cruzaba información sobre clientes que se han pasado de una compañía a otra y se daba cuenta de los incumplimientos respecto de las subidas de precios pactadas. La primera reunión tuvo lugar en un hotel de Barcelona el 29-06- 09 (Declaraciones y documentos aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) (folios [...]). En ella se materializó la introducción del ISPS (2€) a partir del 1 de julio y de la tasa de servicios portuarios (2,4€) a partir del 16 de julio. ISCOMAR no llegó a aplicar el recargo aduciendo situación de precariedad económica.

En esta reunión se habló también de las agencias de transporte (representan un porcentaje alto de la carga de las navieras), que en vez de subir tarifas las bajaban, lo que provocaba una reducción de precios en contra del objetivo perseguido por los acuerdos (folio 753).

(141) Nota manuscrita de reunión el 29-06-09 (Recabado en formato papel en inspección Trasmediterránea-Palma) (folios 890- 891) en la que constan:

- "BAL asegurado combustible
- IC subió; sube de forma generalizada; 2,5 euros/ml
- BAL 2,4 euros/ml"

(142) En julio 2009 (Declaraciones y documentos aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) se celebró la segunda reunión (folios 744; 756-

757). En ella, TRASMEDITERRÁNEA comunicó el nombre de clientes de logística a los que habían subido el precio desde el 1 de julio con el objeto de evitar que las otras dos compañías les fueran a dar cobertura. Además, se informó de los precios que habían fijado a sus compañías de cargo: ISCOMAR 180€, TRASMEDITERRÁNEA - 150 € y BALEARIA - 100€. BALEARIA aplicó la subida a las nuevas peticiones de servicio. En esta reunión también se acordó respetar los clientes estrella de cada naviera (folio 2616).

El 20-07-09 (Declaraciones y documento aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) se celebró una nueva reunión en un hotel de Barcelona en la que se reprocharon el desvío de clientes de una compañía a otra (folios [...]).

La primera semana septiembre (Declaraciones aportadas por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) (folio [...]) hubo una nueva reunión en la sede de TRASMEDITERRÁNEA en Madrid en la que se habló de la precariedad de ISCOMAR y del trasvase de clientes hacia las otras dos compañías. Se acordó el intercambio de información sobre estos clientes para asignar los compartidos a cada una de ellas y repartir los exclusivos.

La última semana de septiembre (folio 744) se acordó en una nueva reunión suspender las reuniones semanales ya que ISCOMAR estaba próxima a la suspensión definitiva de sus servicios.

(143) Además de las reuniones citadas en los párrafos precedentes, en las agendas del director general de TRASMEDITERRÁNEA y la directora gerente de Acciona Logística se han detectado citas que pudieran estar relacionadas con otras reuniones similares. Por orden cronológico, éstas son: reunión navieras BAL 14-07-06



(folio 3854); reunión con ISCOMAR BCN 16-04-08 (folio 3855); reunión palmaBALEARIA 13-05-08 (folio 3856); reunión BALEARIA (folio 3875); reunión navieras27- 05-08 (folio 3853); navieras Denia 4-07-08 (folio 3859); consejero delegadoISCOMAR/presidente BALEARIA 10-09-08 (folio 3860); navieras 18-12-08 (folio 3861); navieras Valencia 13-02-09 (folio 3863); almuerzo director general ISCOMAR16-04-09 (folio 3865); consejero delegado ISCOMAR 5-06-09 (folio 3866); consejero delegado ISCOMAR 8-07-09 (folio 3867); consejero delegado ISCOMAR 17- 09-09 (folio 3869); almuerzo presidente de BALEARIA 1-10-09 (folio 3870)."

Termina la Resolución concluyendo, como hechos probados:

"C. En los acuerdos contactos y detalladas anteriormente se acordaron incrementos de precios de los servicios los precios de intercambio de los servicios introducción o reactivación del banco marítimo en la terrestre en función del precio del gasoil introducir una tasa de servicios portuarios y un reparto de mercado vía cuotas o clientes ... "

A lo anteriormente expuesto también ha de tenerse en cuenta, para desvirtuar la presunción de inocencia que invoca la actora, al considerar que la prueba obtenida en expediente de confidencialidad (notas manuscritas, declaraciones de directivos y otros documentos) no constituyen, por sí sola, conforme a la Jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea (St de 16.6.2011, asunto Heincken) prueba suficiente para tener por acreditada respecto de una tercera empresa la comisión de una infracción de la normativa de defensa de la competencia:

1º.- Que esta Sala dictó sentencia de fecha 8 de noviembre de 2.012 , en el procedimiento de derechos fundamentales 1/2012, respecto del cual se anula la sanción impuesta a Balearia, limitándose los efectos de esa sentencia 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.

2º.- Que respecto de la prueba pericial practicada en este recurso ha de decirse que no ha quedado demostrada la tesis de la actora de que, de haber habido cártel, lo que rechaza, los precios del transporte hubiesen experimentado una modificación al alza, mientras que según indica el perito, ello no ha tenido lugar en el período 2.001-2010 mencionado en la resolución impugnada. Se rechaza este dato que se pretende considerar probado porque el informe pericial no ha comparado los precios existentes durante el cártel con los anteriores a la fecha de inicio del mismo.

3º.- Que aun prescindiendo de los documentos y declaraciones obtenidas en el expediente de clemencia respecto de la empresa BALEARIA, existe prueba suficiente de la participación de la hoy recurrente, TRANSMEDITERRANEA, en el mencionado cártel, como lo revelarían estos elementos probatorios (especialmente los folios 872, 3141 a 3146 y 4512):

A/ Los documentos obtenidos en la inspección de su sede social en Madrid y Palma de Mallorca en fecha 11 de mayo de 2.010 (v.g notas manuscritas de de reunión, 19.6.2008, folio 895-896, 31.3.2009, folios 868, 872, 875-878; nota de reunión el 4.6.2008,folio 1053, reunión 15.9.2008, folio 900-901, 24.2.2009, folio 867, 4.4.2009, folio 868, reunión de 15.4.2009, folio 997, 27.4.2009, folio 875 a 878...).

B/ Los correos electrónicos dirigidos a dicha entidad por las demás empresas y emitidos por esta última (v.g correo de 9.3.2004, 30.4.2004, folios 4264 y ss, 4.275 ; de 1.12.2008, folios 3531-3535; 16.4.2009, folio 4512, 14.5.2009, folios 3545 a 3562..).

C/ Otros documentos, como las liquidaciones de servicios recíprocos entre la actora, Balearia e ISCOMAR, (folios 5543 a 5552), que no pueden considerarse que respondan a la prestación de servicios por fuerza mayor, como luego examinaremos.

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.

TERCERO: Entraremos ahora en el examen de las alegaciones de los motivos de impugnación de la recurrente, comenzando por afirmar que la participación de la recurrente ha quedado perfectamente acreditada conforme a lo expuesto en el anterior fundamento de derecho. Así puede decirse que el mencionado cártel se desarrolló durante el tiempo establecido en la resolución impugnada, esto es entre 2001 y 2010 pudiendo haber habido períodos de paralización de la efectividad del cartel, que no por eso han tenido eficacia interruptiva a efectos de una posible prescripción conforme al art.68.2 de la Ley 15/2007, que invoca la actora, sino que han podido deberse a ciertos incumplimientos de las obligaciones contraídas entre las empresas integrantes del mismo, pero que conforme se relata en el anterior fundamento de derecho se ha mantenido de forma uniforme en el tiempo la intención de llegar a un acuerdo en la fijación de los precios y de otras condiciones en la prestación del servicio de transporte marítimo entre península y Baleares.

La recurrente sostiene, implícitamente, que la CNC ha subsumido incorrectamente la conducta al considerarla anticompetitiva por objeto, cuando la calificación correcta sería por el efecto, y tal efecto no se ha probado.

Como ha reiterado esta Sala, v.g en la sentencia antes citada de 27.9.2013, "*la actividad tipificada en el tipo sancionador del artículo 1 lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. La conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.*"

Pues bien, al margen de que no es comprensible una conducta de acordar condiciones económicas y reparto del mercado, si no lo es bajo el prisma de tratar de uniformar las condiciones comerciales con el objeto de restringir, falsear o eliminar la competencia, lo cierto es que tales conductas tenían aptitud para distorsionar la libre competencia, y cualquiera de las entidades implicadas, desplegando la diligencia exigible, podía fácilmente concluir, que tal comportamiento podía tener un efecto restrictivo de la competencia. Por ello la conducta es subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007.

Se denomina cartel o cártel a un acuerdo formal entre empresas del mismo sector, cuyo fin es reducir o eliminar la competencia en un determinado mercado. Los cárteles suelen estar encaminados a desarrollar un control sobre la producción y la distribución de tal manera que mediante la colusión de las empresas que lo forman, estas forman una estructura de mercado monopolística, obteniendo un poder sobre el mercado en el cual obtienen los mayores beneficios posibles en perjuicio de los consumidores. Por ello, las consecuencias para estos son las mismas que con un monopolista.

Estos elementos aparecen en los hechos que enjuiciamos, por, con independencia de que el comportamiento pueda calificarse de cártel, es evidente que se ha producido un acuerdo de voluntades contrario a la libre competencia en los términos expresados..."

La actora también viene a oponer para negar la tipicidad de la conducta que los acuerdos alcanzados trataban de cumplir las obligaciones de servicio público que imponían el art.83 de la Ley de Puertos 27/1992, y los RD 1466/1997 y 1516/2007, de 16 de noviembre. A este respecto debe decirse que no se discute la existencia de ese tipo de obligaciones cuando la administración competente impone determinadas obligaciones a la prestadora del servicio para mantener la continuidad en su prestación, pero ello no puede significar que el cumplimiento de dichas obligaciones implique la vulneración de la normativa de defensa de la competencia mediante un concierto de precios permanente y duradero entre diferentes empresas, más allá del carácter ocasional que cita la recurrente, lo que impide hablar de un verdadero supuesto de fuerza mayor." (fundamentos jurídicos segundo y tercero)

Como es evidente, la anulación por la referida Sentencia de esta Sala de 27 de febrero de 2015 de las inspecciones desarrolladas en las sedes de la mercantil recurrente en Alcobendas (Madrid) y Palma de Mallorca tienen una incidencia directa en el presente recurso. En efecto, la valoración probatoria efectuada en la instancia por la Sentencia recurrida, que se basa en la efectuada por la Comisión Nacional de la Competencia, ha de ser necesariamente corregida, puesto que el órgano regulador se apoyó en datos obtenidos ilícitamente, con infracción de derechos fundamentales -en concreto, del derecho a la inviolabilidad domiciliar- que no han de ser tenidos en cuenta para desvirtuar la presunción de inocencia. En consecuencia, hemos de examinar en primer lugar el segundo motivo del recurso de casación de la mercantil recurrente, pues si la referida invalidez de parte del acervo probatorio afecta a la valoración resultante, no resultará ya preciso el examen de los restantes motivos.

Sostiene la compañía recurrente que también resultan afectadas por la invalidez de los registros realizados en sus sedes las otras fuentes en que se apoyan la resolución sancionadora y la Sentencia impugnada, los datos obtenidos en la inspección desarrollada en las sedes de Balearia y la declaración de clemencia de esta última sociedad. En lo que respecta a las inspecciones en las sedes de Balearia, la recurrente entiende que

al haber sido practicadas merced a órdenes de investigación extendidas en los mismos términos que las que han sido anuladas, han de ser consideradas igualmente inválidas. Pero no es posible admitir semejante consecuencia de forma mecánica. Lo cierto es que mientras que las actuaciones inspectoras llevadas a cabo en las sedes de Trasmediterránea han sido anuladas judicialmente con carácter firme, no sucede lo mismo con las realizadas en Balearia que, en principio, siguen teniendo validez. En consecuencia, tampoco puede llegarse a la conclusión alcanzada por la recurrente de que también la declaración de clemencia de Balearia queda invalidada, pues no se hubiera producido de no haberse efectuado las inspecciones en las sedes de dicha empresa. Ahora bien, ciertamente lo anterior no impide que, a la hora de valorar la fuerza probatoria de las declaraciones efectuadas en la solicitud de clemencia haya de ponderarse que las mismas tienen un objetivo exculpativo de la responsabilidad particular de la empresa solicitante de la clemencia y que para tener plena virtualidad inculpativa han de tener -como sostiene la recurrente- alguna corroboración documental o externa.

En cualquier caso, el motivo ha de ser estimado. En efecto, la Sentencia de instancia ha efectuado una valoración conjunta del material probatorio en la que resulta indiscernible el peso que la Sala juzgadora ha otorgado a los documentos provenientes de las distintas fuentes (inspecciones en sedes de Trasmediterránea y de Balearia, declaraciones y documentos aportados en la solicitud de clemencia de Balearia) así como el eventual sesgo que pudieran tener las declaraciones ofrecidas por Balearia en el curso de su solicitud de clemencia, y ello a pesar de que se indiquen el origen de los distintos documentos y datos. Así pues, la imposibilidad de separar el peso y relevancia respectiva otorgados por la Sala de instancia a los datos inextricablemente enlazados entre sí, y el hecho cierto que a los obtenidos en las inspecciones de las sedes de Trasmediterránea no es posible otorgarles valor alguno, hacen que se produzca la insuficiencia probatoria aducida por la recurrente.

Como resulta evidente, la estimación del motivo segundo de los formulados por la mercantil recurrente y casación y declaración de nulidad de la Sentencia impugnada hace ya innecesario el examen de los restantes motivos de su recurso. Asimismo queda ya sin objeto el recurso de casación articulado por el Abogado del Estado contra la referida Sentencia de instancia.

CUARTO .- Sobre la apreciación relativa a la conducta infractora por parte de la resolución sancionadora.

Tras a estimación del motivo segundo del recurso de la Compañía Trasmediterránea y la casación de la Sentencia impugnada, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 95.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, debemos ahora resolver el recurso contencioso-administrativo *a quo* y valorar la fuerza probatoria de los datos obrantes en autos y no invalidados a consecuencia de nuestra Sentencia de 27 de febrero de 2.015 a los efectos de acreditar la conducta infractora de Trasmediterránea, tal como ha sido apreciada por la resolución sancionadora. Pues bien, de nuevo aquí nos encontramos con idéntico problema que al examinar la Sentencia impugnada, y es que la valoración efectuada por la Comisión Nacional de la Competencia está igualmente basado en el conjunto documental proveniente de todas las fuentes ya mencionadas. Así, como puede comprobarse en el expediente y en las alegaciones de la parte, gran parte de los documentos inculpativos proceden de la inspección de las sedes de la recurrente o son comunes con ellas; en el primer caso no pueden ser empleados y en el segundo, estarían sujetos a la necesidad de su examen autónomo en el marco exclusivo de la declaración de clemencia, lo que no ha podido ser efectuado -como es obvio-, por la resolución impugnada, que se apoya en el conjunto de datos que consideraba válidos. En definitiva, así las cosas debe prevalecer la presunción de inocencia y hemos de declarar que en las circunstancias concurrentes y ante el examen conjunto del material probatorio, en parte relevante inválido, efectuado por la Comisión Nacional de la Competencia, no es posible considerar acreditada la conducta infractora imputada por la resolución sancionadora, por lo que procede estimar el recurso contencioso administrativo *a quo* y anular la referida resolución impugnada en el mismo.

QUINTO .- Conclusión y costas.

Según lo expuesto en el fundamento de derecho tercero, ha lugar al recurso de casación de la Compañía Trasmediterránea, por lo que casamos y anulamos la Sentencia de 23 de diciembre de 2.013, dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional. No procede, en consecuencia, pronunciarse ya sobre el recurso de casación del Abogado del Estado, que queda sin objeto como consecuencia de la casación de la Sentencia impugnada.

Por las razones expuestas en el fundamento de derecho cuarto, procede estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la citada mercantil contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 23 de febrero de 2.012 que resolvía el expediente S/0244/10, que declaramos contraria a derecho y nula en lo que respecta a la compañía recurrente.

De acuerdo con lo expuesto en el artículo 139, apartados 1 y 2, de la Ley jurisdiccional, no procede la imposición de costas ni en la instancia ni en la casación.

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

1. Que HA LUGAR y por lo tanto ESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Compañía Trasmediterránea, S.A. contra la sentencia de 23 de diciembre de 2.013, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 188/2.012 , sentencia que casamos y anulamos, quedando sin objeto el recurso de casación formulado por la Administración General del Estado.

2. Que ESTIMAMOS el referido recurso contencioso- administrativo, interpuesto por Compañía Trasmediterránea, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 23 de febrero de 2.012 dictada en el expediente S/0244/10, que anulamos en lo que respecta a la compañía recurrente.

3. No se hace imposición de las costas del recurso contencioso- administrativo ni de las de los recursos de casación.

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.-Pedro José Yagüe Gil.-Eduardo Espín Templado.-José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-María Isabel Perelló Doménech.-Firmado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Firmado.-