

Id. Cendoj: 28079130032006100041
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 14/02/2006
Nº de Recurso: 4628/2003
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA: PROGRAMA DE VACACIONES DE LA TERCERA EDAD 95/96 DEL INSERSO VIAJES BARCELÓ Art. 1 Ley de Defensa de la Competencia Ofertas idénticas; pactos para ejecución conjunta con independencia del resultado del concurso. Incongruencia omisiva y deber de motivación Principios de confianza legítima, culpabilidad y error invencible Presunción de inocencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Febrero de dos mil seis.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4.628/2.003, interpuesto por VIAJES BARCELÓ, S.L., representada por el Procurador D. Carlos de Zulueta y Cebrián, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 12 de febrero de 2.003 en el recurso contencioso-administrativo número 1.001/2.000, sobre prácticas restrictivas de la competencia en relación con el concurso público 19/95, para la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del "Programa de Vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996".

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 12 de febrero de 2.003, desestimatoria del recurso promovido por Viajes Barceló, S.L. contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia resolutoria del expediente de dicho organismo 476/99 (expediente 1799/98 del Servicio de Defensa de la Competencia).

En dicha resolución, y en lo que respecta a la sociedad recurrente, se consideró acreditada la realización de prácticas restrictivas, prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistentes en acordar, junto con Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A. y Viajes Iberia, S.A., la absoluta identidad de las ofertas presentadas al Concurso público 19/95, gestionado por el INSERSO, para la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del "Programa de Vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996", y realizar una ejecución conjunta, cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación, garantizando que las licitadoras ejecutaran el contrato resultaran o no adjudicatarias del concurso, para lo que constituyeron la Agrupación de Interés Económico Mundosocial. Como consecuencia de ello, se impone a la empresa actora una sanción de multa de 138 millones de pesetas (equivalentes a 829.396,704 euros).

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito interponiendo recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 21 de abril de 2.003, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de Viajes Barceló, S.L. compareció en forma en fecha 5 de junio de 2.003, mediante escrito interponiendo recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia;
- 2º, por vulneración del principio de confianza legítima, y
- 3º, por vulneración del principio de proporcionalidad en la imposición de la multa.

Terminaba suplicando que se anule la sentencia recurrida, dictando otra en su lugar por la que deje sin efecto la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 2.000, dictada en el expediente sancionador nº 476/99 o, subsidiariamente, anule parcialmente la sentencia impugnada dictando otra en su lugar por la que deje sin efecto la sanción económica impuesta a Viajes Barceló, S.L., por importe de 138 millones de pesetas, o con segundo grado de subsidiariedad reduzca sustancialmente el importe de la citada sanción. Ha aportado una copia de la resolución de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción de 15 de octubre de 2.001 junto con el escrito, en el que además, mediante otrosí, solicitaba que se acordara la celebración de vista pública.

El recurso de casación fue admitido por providencia de la Sala de fecha 1 de febrero de 2.005.

CUARTO.- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que, con desestimación del recurso, se confirme la que en el mismo se impugna y se impongan las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la Ley jurisdiccional.

QUINTO.- Por providencia de fecha 10 de octubre de 2.005 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 31 de enero de 2.006, en que han

tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

La entidad mercantil Viajes Barceló, S.L., impugna en casación la Sentencia de 12 de febrero de 2.003, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, que desestimó su recurso contencioso administrativo contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 2.000. Dicha resolución sancionaba a la actora y a otras cuatro sociedades por prácticas restrictivas de la competencia en relación con la licitación del "Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1.995-96", promovido por el Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO, hoy IMSERSO). En la parte dispositiva de la misma se acordaba:

"PRIMERO: Declarar que en el presente expediente ha quedado acreditada la realización de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia por parte de Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L. y Mundosocial A.I.E., consistentes en acordar la absoluta identidad de las ofertas presentadas por las cuatro primeras al Concurso público nº 19/95 -correspondiente a la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del "Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996", programa gestionado por el INSERSO -así como realizar una ejecución conjunta cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación-; es decir, aunque se hubiera adjudicado a una sola de las cuatro empresas licitadoras, a dos, a tres o a las cuatro, la interposición de Mundosocial A.I.E. y los pactos entre ellas garantizaban que las cuatro empresas licitadoras iban a ejecutar finalmente el contrato, resultaran o no adjudicatarias del concurso, lo que desvirtuó todo el proceso de contratación con la fórmula elegida para concurrir a la licitación, que quedó convertida en mera ficción desde el momento en que las empresas que licitaron habían constituido la Agrupación de Interés Económico y habían pactado la ejecución conjunta del programa.

SEGUNDO: Declarar que también ha quedado acreditada la realización de otra práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia por parte de Mundosocial A.I.E., Viajes Ecuador, S.A., Carlson Wagonslit Travel, Viajes 2000, S.A., Viajes Interopa, Viajes Cyrasa Internacional, Viajes Ciberviaxes, Viajes Cavaltour, Viajes Internacional Expreso, S.A., Viajes Sidetours, S.A., Viajes Lamia Tours, S.A., Viajes Tep, S.A. y Viajes Valdés, consistente en la suscripción de contratos entre Mundosocial A.I.E. y cada una de la Agencias mencionadas, en cuyas cláusulas se establece el compromiso por parte de dichas Agencias de no presentarse al concurso convocado por el INSERSO para la ejecución del Programa de vacaciones para la tercera edad correspondiente a la temporada 95/96, ni a colaborar, ayudar o participar en la presentación de ninguna candidatura de cualquier otra empresa.

TERCERO: Requerir a los citados autores de las conductas declaradas prohibidas anteriormente, para que cesen de inmediato en las mismas y en lo sucesivo se abstengan de adoptarlas y practicarlas de nuevo.

CUARTO: Imponer las siguientes multas:

- a) A Viajes Iberia, S.A. una multa de 204 millones de pesetas, equivalentes a 1.226.064'693 euros.
- b) A viajes Halcón, S.A. una multa de 138 millones de pesetas, equivalentes a 829.396'704 euros.
- c) A Viajes Barceló, S.L. una multa de 138 millones de pesetas, equivalentes a 829.396'704 euros.
- d) A Viajes Marsans, S.A. una multa de 120 millones de pesetas, equivalentes a 721.214'525 euros.
- e) A Mundosocial A.I.E. una multa de 150 millones de pesetas, equivalentes a 901.518'156 euros.

QUINTO: Ordenar la publicación -en el plazo de dos meses a contar desde su notificación- de la parte dispositiva de esta Resolución a costa de las multadas (y en la misma proporción que las multas) en el Boletín Oficial del Estado y en las secciones de economía y de nacional de dos diarios de información general que se distribuyan en todo el territorio español. [...]"

Tras resumir las alegaciones formuladas por la empresa recurrente en su demanda contencioso administrativa, la Sentencia impugnada funda su fallo desestimatorio en las siguientes razones:

"TERCERO.- Como no podía ser de otra manera la actora acepta que las ofertas presentadas al concurso 19/95 para la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del programa de vacaciones del ejercicio 95/96, financiado parcialmente por el INSERSO fueron idénticas con el compromiso de todas las concursantes -Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L. y Viajes Halcón, S.A.- de que en caso de ser adjudicatarias se comprometían a ejecutar el programa conjuntamente y en exclusiva con las otras.

Debe tenerse en cuenta que en Septiembre de 1.991, Viajes Iberia, S.A., Viajes Halcón, S.A., Viajes Barceló, S.A., constituyeron una Agrupación de Interés Económico (A.I.E.) de las reguladas por la Ley 12/1991, de 29 de Abril, denominada Mundosocial, A.I.E. Por su parte, Viajes Marsans S.A., se incorporó a Mundosocial en Agosto de 1.992.

Mundosocial, A.I.E., tiene como objeto social las actividades económicas auxiliares de las que, como Agencias de Viajes, desarrollen sus socios y, específicamente, la licitación de los concursos, subastas u otro modo de pública licitación u oferta convocados por el INSERSO o cualquier otra entidad pública para la celebración de contratos de asistencia destinados a la financiación de turnos de vacaciones para personas de la tercera edad, así como la ejecución y desarrollo de los programas correspondientes a dichos contratos.

El T.D.C. en su Resolución dice al respecto:

"En el caso que nos ocupa no se observa que exista en la constitución de Mundosocial A.I.E. los efectos beneficiosos citados y sí en cambio son patentes los efectos anticompetitivos restrictivos en tanto en cuanto los cuatro partícipes son no sólo

competidores potenciales sino competidores reales en los mismos mercados y además de una entidad en volumen de ventas y presencia en el sector en absoluto pequeñas. Más bien cabe presumir en este caso efectos anticompetitivos repartiéndose el mercado, coordinando sus políticas comerciales y en especial, como se ha dicho, en materia de precios ofertando al Concurso por el tipo máximo. Hay datos abrumadores en el expediente, relatados muchos de ellos en los hechos probados, que confirman la intención de coludir a través de Mundosocial A.I.E., como sociedad instrumental, causando el resultado proscrito de restringir la competencia. En Mundosocial A.I.E., se fraguaron acuerdos, decisiones, recomendaciones, actos, exhortaciones o como se les quiera llamar entre competidores reales importantes que están taxativamente prohibidos por el Art. 1 de la LDC ."

Esta aseveración debe compartirse, y lo cierto es que lo razonable hubiera sido que las cuatro empresas que concertaron sus ofertas a través de su Agrupación de Interés Económico, pudieron y debieron competir entre sí para conseguir autónomamente el concurso en su conjunto o alguno de los lotes. En este último caso, las negociaciones posteriores para la coordinación de los aspectos técnicos y de comercialización necesarios se podrían realizar con transparencia respetando las responsabilidades y los derechos de propiedad adquiridos, con respecto a la competencia.

Aún cuando fuera cierta la conclusión del informe de la Universidad de las Islas Baleares cuando dice "la gestación conjunta del Programa por parte de los integrantes de Mundosocial que mejoró la eficacia en la comercialización del mismo, eliminando uno de los grandes problemas del mismo que era la ineficiente gestión de las plazas disponibles", ello no quiere decir que sin vulnerar la competencia en el acceso al Concurso ofertando autónomamente cada una con responsabilidad y libertad propias, no se hubiesen conseguido iguales o mejores resultados en la comercialización posterior del Programa con la coordinación fácil entre las que ya hubiesen sido ganadoras del Concurso.

Desde el momento en que las empresas que licitaron habían constituido la A.I.E. y pactaron la ejecución conjunta del programa, el proceso de contratación quedó desvirtuado y la licitación quedó convertida en mera ficción. Se atentó contra la competencia en el único momento en que existe libertad, esto es, en el acceso al Concurso se consigue acceder a un mercado de 360.000 clientes.

Tiene razón el T.D.C. al señalar que si el acceso de nuevos operadores sólo es posible en el momento del concurso, si las cuatro únicas empresas que se presentan no compiten de hecho entre sí, sino que pactan con anterioridad el reparto del total del concurso, si en éste se concede una preferencia sustancial al adjudicatario anterior y si, en el periodo entre concursos, las empresas ya implantadas tienen posibilidades, que materializan con frecuencia, de extender los servicios concedidos sin necesidad de concursar, resulta evidente que los pactos colusorios constituyen una barrera adicional. El mercado se reduce y los potenciales entrantes ven así mermadas sus oportunidades de acceso.

Se estaría, pues, vulnerando por la actora el Art. 1 de la L.D.C . y no podría aceptarse que la repetida adjudicación del concurso en años sucesivos y el hecho de que el Director General del INSERSO autorizara a los tres adjudicatarios del Concursos la subcontratación de la ejecución del programa a Mundosocial A.I.E., avalasen la existencia de confianza legítima y error invencible.

El principio de la confianza legítima comporta que es legítimo, que el ciudadano pueda

confiar en la Administración, delimitándose así los derechos y obligaciones de ambos en un sentido objetivo, según lo que se puede esperar de acuerdo con las reglas del "tráfico jurídico", y no en sentido subjetivo, según la creencia de las partes. Pero dicho principio debe ser interpretado restrictivamente y siempre en el ámbito de la legalidad.

Obviamente ni el Director General del INSERSO, ni la Mesa de Contratación tienen competencia en relación a si una determinada conducta resulta o no restrictiva de la competencia y, por tanto, las empresas no pueden confiar en que dichos órganos se estén pronunciando sobre la legalidad de su actuación en materia de competencia. No cabe excluir pues, su culpabilidad, ni tampoco se puede alegar la confianza legítima en este caso por parte de las empresas imputadas, ya que no podía estarse a un Acto propio de quien no tiene la competencia al efecto.

Las explicaciones antes sintetizadas expuestas por la actora en modo alguno desvirtúan lo que es una consecuencia lógica y obligada de la presentación por ella y otras tres sociedades, de idénticas ofertas, con la cláusula expuesta que se traducía en que era lo mismo cual de las cuatro fuera la adjudicataria, pues tal adjudicación a todas beneficiaría.

Siendo ello así, es obvio que la recurrente transgredió el Art. 1 de la L.D.C., por lo que resulta ajustada a derecho la Resolución impugnada." (fundamento de derecho tercero)

El recurso de casación se articula mediante tres motivos, formulados al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción.

El primer motivo se basa en la supuesta infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (16/1989, de 17 de julio), por no suponer la conducta enjuiciada una práctica prohibida por el citado precepto. En el segundo se aduce la infracción del principio de confianza legítima en los actos de la Administración. Por último, el motivo tercero se funda en la vulneración del principio de proporcionalidad en la imposición de la multa.

Este recurso ha sido examinado por la Sala de manera conjunta al recurso de casación 4.629/2.003, formulado por otra de las sociedades sancionadas contra otra Sentencia de la misma Sala y Sección de la Audiencia Nacional, redactada en términos idénticos a la impugnada en estos autos. La coincidencia de cuestiones planteadas en ambos recursos permite que en cuanto a los dos primeros motivos reiteremos la respuesta dada en dicho recurso.

SEGUNDO.- Sobre el primer motivo, relativo a la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Con escasas modificaciones, consecuencia de los concretos términos en que se formula este recurso, reiteramos las consideraciones expresadas en la Sentencia de esta misma fecha relativa al recurso de casación 4.629/2.003.

Sostiene la empresa recurrente que la conducta por la que se le ha sancionado no es incardinable en las conductas prohibidas enunciadas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Afirma que para apreciar la relevancia infractora de la conducta sancionada es preciso examinarla a la luz de la interpretación de la Comisión Europea del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, en

relación con los acuerdos de cooperación horizontal, interpretación formulada en la Comunicación de 29 de julio de 1.968 y la Directriz de 6 de enero de 2.001. De acuerdo con esta interpretación quedan fuera del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea y, por tanto, del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, aquellos acuerdos de cooperación entre empresas competidoras incapaces de llevar a cabo por separado el proyecto o la actividad cubierto por la cooperación. Estos principios, señala la actora, fueron aplicados por la Comisión Europea en sus decisiones Eurotunnel, de 24 de octubre de 1.988 (88/568/CEE), y Consorcio ECR 900, de 27 de julio de 1.990 (90/446/CEE).

Según la explicación de la actora, la Administración estableció una serie de requisitos especialmente exigentes en cuanto a la comercialización del programa, por lo que las empresas sancionadas se vieron forzadas a finalizar acuerdos de cooperación entre ellas para hacer frente a dichos requisitos sobre comercialización. Entiende la recurrente que esta imposibilidad de asumir de forma aislada la comercialización del programa resulta acreditada por el informe elaborado por Catedráticos de Economía de la Universidad de las Islas Baleares que ha aportado.

No puede admitirse esta argumentación. Tres son las cuestiones que interesa aclarar en relación con este motivo. La primera, la que se refiere a la alegada imposibilidad de ejecución del programa vacacional de manera aislada por cualquiera de las empresas sancionadas, aun tratándose de empresas líderes del sector. La segunda, que para comprobar si los acuerdos entre las empresas sancionadas podían acogerse a esta posibilidad de conciertos para el cumplimiento en común del programa en cuestión, es preciso contemplar el conjunto de acuerdos celebrados entre ellas, y no solamente el relativo a la ejecución conjunta del programa licitado. La tercera cuestión a examinar es el de los términos en que la Comisión Europea contempla la posible admisión de la cooperación entre empresas competidoras en el marco del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea.

En cuanto a la supuesta imposibilidad de asunción individual del programa de vacaciones en cuestión, hay que señalar, en primer lugar, que tal imposibilidad sólo podía referirse a la supuesta inviabilidad de ejecución del programa, no a la imposibilidad de concurrir al concurso por parte de las empresas licitadoras. En efecto, es preciso tener presente que las empresas sancionadas pudieron acudir de manera separada en reiteradas campañas sin ningún obstáculo de carácter formal, por lo que en ningún caso las exigencias del concurso les impedían concurrir con pleno derecho al mismo a título individual. No se trataba, pues, de una imposibilidad originada por los requisitos establecidos para poder concurrir, sino tan solo de la dificultad -más o menos grave- que en opinión de las licitadoras conllevaba su ejecución, especialmente en lo que respecta a la comercialización de las plazas que se ofrecían.

Por otra parte, y como señalan tanto la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia como la propia Sentencia recurrida, en modo alguno ha quedado acreditado que dicha dificultad de comercialización no pudiese ser resuelta en forma que no resultase contraria al derecho de la competencia y, en particular, al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. En efecto, hay que tener en cuenta que el programa se dividía en tres lotes, lo que sin duda era un primer factor que impide hablar de la imposibilidad de su ejecución de manera global como hace en todo momento la actora, sin examinar la posible capacidad para ejecutar al menos alguno de los lotes. Y si bien es cierto que incluso para asumir cualquiera de los lotes se requería una amplia capacidad de comercialización, también lo es que existían formas alternativas de afrontar dicha dificultad con acuerdos posteriores con otras

empresas para proceder a dicha comercialización que no hubieran planteado ningún problema desde el punto de vista de la competencia. Lo que ha sido sancionado por contrario al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia es una colaboración entre empresas competidoras consistente en un entramado de acuerdos destinado a convertir un concurso público para obtener una concesión en un procedimiento ficticio e irrelevante.

La segunda de las cuestiones mencionadas es la relativa a la necesidad de contemplar el conjunto de acuerdos a que llegaron las empresas sancionadas. Estas concurren a título individual -no de forma conjunta- y acordaron que, fuera cual fuera el resultado del concurso, se ejecutaría en la manera concertada entre ellas a través de Mundosocial, A.I.E., asociación de interés empresarial creada años antes por las agencias de viaje que concurrían a tal objeto. De esta forma, resultaba indiferente el resultado del concurso en cuanto a la parte a ejecutar por cada una de las empresas; esto es, el concurso devenía una formalidad ficticia sustituida por el acuerdo entre las empresas concurrentes en el marco de una agrupación de empresas constituida por ellas: la competencia en el concurso público quedaba sustituida por el acuerdo privado en el seno de una agrupación empresarial privada. Pero no sólo esto, sino que a lo anterior es preciso añadir que la misma agrupación empresarial Mundosocial celebraba simultáneamente acuerdos con otras empresas de la competencia en los que por un lado se les cedía la ejecución de aspectos parciales del programa y, por otro, dichas empresas se comprometían a no concurrir al concurso. Y es preciso recordar que entre estas empresas se encontraban algunas de tanto peso como las sancionadas, así como que las mismas desconocían el contenido de los pactos internos entre las empresas integrantes de Mundosocial. Por consiguiente, a la hora de valorar la causa de justificación alegada de la supuesta imposibilidad de ejecución aislada del programa, es preciso considerar asimismo que junto con los acuerdos de colaboración para su ejecución conjunta con independencia del resultado del concurso, se concluían acuerdos destinados a evitar la posible concurrencia al mismo por parte de otras competidoras.

Todo lo anterior haría probablemente innecesario examinar el contenido de los criterios de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 81 del Tratado de la Comunidad. Pero no resulta ocioso, sin embargo, añadir alguna consideración al respecto. Es cierto que las mencionadas Comunicación de 29 de julio de 1.968 y Directriz de 6 de enero de 2.001, de la Comisión Europea, admiten la cooperación de empresas, incluso competidoras, cuando ninguna de ellas puedan asumir por sí solas determinado pedido. Pero no lo es menos que dicha posibilidad queda circunscrita dentro de estrechos límites para evitar que pueda significar un perjuicio al establecimiento o mantenimiento de una efectiva concurrencia.

En primer lugar hay, que tomar como referencia básica la Comunicación de 29 de julio de 1.968, ya que la Directriz de 6 de enero de 2.001 es posterior a los hechos. Y de su examen se deriva sin la menor duda que las conductas sancionadas no pueden ampararse en la posibilidad de cooperación entre empresas competidoras contemplada en la misma, y no sólo porque no concurre el presupuesto básico de la imposibilidad material de ejecución aislada en los términos que ya hemos examinado - conclusión que resulta confirmada si se atiende a la Directriz de 2.001-. En efecto, los términos del punto 5 de la Comunicación de 1.968 dejan claro que resulta esencial para admitir la colaboración entre empresas competidoras el que no se cercene la posibilidad futura de la competencia: "lo verdaderamente relevante es saber si, dadas unas circunstancias concretas de unos casos particulares, es posible la competencia en un futuro próximo, para los productos o las prestaciones de que se trate. Si la

inexistencia de competencia entre las empresas y la persistencia de esta situación se apoya en acuerdos o prácticas concertadas, se puede estar ante una restricción de la competencia".

Pues bien, de los datos puestos de relieve en el sentido de que la colaboración entre las empresas sancionadas se vio acompañada de otros pactos destinados precisamente a evitar el acceso al mercado afectado de otras empresas competidoras, se deriva que la conducta de las empresas sancionadas contravenía directamente el núcleo esencial de la excepción contemplada en la Comunicación de la Comisión Europea. Pero es que, además, los datos que la propia actora recuerda sobre las empresas que compitieron hasta la campaña 1.995/96 en que se produjo el expediente sancionador ponen de relieve, con toda claridad y pese a las afirmaciones en contra de la recurrente, los evidentes efectos anticompetitivos del procedimiento de colaboración empleado por las empresas sancionadas. En efecto, mientras que hasta 1.994 concurren otras empresas además de las sancionadas, a partir de entonces sólo concurren éstas. Así, en la temporada 91/92 concurren Viajes Cemo; en la temporada 92/93 volvió a concurrir Viajes Cemo, así como una unión temporal de empresas entre Viajes Olimpia y Viajes Tep; y, en la temporada 1.993/94, una vez más Viajes Cemo. Sin embargo, en las temporadas posteriores 94/95 y 95/96 ya sólo concurren las empresas sancionadas. Así pues, sin duda se puede trazar una correlación entre el conjunto de pactos celebrados por las sancionadas entre ellas y con otras de la competencia, reiterados a lo largo del tiempo, y el resultado de una efectiva restricción de la competencia, justo al contrario de lo que se especifica como criterio relevante por parte de la Comunicación de 29 de julio de 1.968 para que un acuerdo entre competidores resulte admisible, el mantenimiento de la competencia en el futuro inmediato.

Por lo demás, en esta Comunicación se hace asimismo referencia expresa a que la competencia se mantiene cuando las empresas cooperantes carecen de capacidad autónoma suficiente:

"Por otro lado, incluso asociaciones temporales de trabajo de empresas competidoras entre sí, mantienen esa competencia cuando las empresas participantes no pueden cumplir, por sí mismas, un determinado pedido. Este es el caso cuando trabajan de forma aislada, sin experiencia, sin conocimientos especiales, sin base o capacidad financiera suficiente y, por tanto, sin posibilidad de éxito alguno, sin poder terminar en los plazos previstos los trabajos comprometidos o soportar el riesgo financiero.

Tampoco hay restricciones de la competencia si únicamente la creación de la asociación temporal de trabajo permite a las empresas presentar una oferta interesante. Sí la habría sin embargo, si las empresas se comprometieran a actuar únicamente en el marco de una asociación temporal de trabajo." (punto 5 in fine)

Parece evidente que no puede considerarse que tal fuera la situación de las empresas sancionadas, todas ellas autocalificadas en el propio recurso como empresas líderes del sector en las que la Administración confiaba -precisamente por ello- que pudieran acometer con éxito un programa de gran amplitud y dificultad.

En definitiva la actora, como las demás empresas sancionadas, aunque no ostentasen aisladamente una posición de dominio, ciertamente sí poseían una considerable presencia en el mercado como empresas importantes del sector, a cuyos datos cuantitativos se refiere la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, especialmente si actuaban de manera concertada. Y, desde luego, su actuación tuvo

un efecto indiscutible y claramente perceptible en el mercado específico de este tipo de programas sociales de turismo.

En cuanto a las alegaciones de la actora de que su comportamiento no tuvo efectos negativos en el mercado puesto que ni tuvo reflejo en los precios ni en el reparto del mercado ni, finalmente, en que las empresas sancionadas mantuviesen, mejorasen o incrementasen su poder de mercado, basta señalar dos cosas. En primer lugar que la sanción de las conductas comprendidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia no requiere que se hayan producido tales efectos, sino tan sólo que puedan producirlos, lo que evitaría ya tener que examinar dichos argumentos. Pero, sin perjuicio de ello, no puede dejar de señalarse que los pactos estaban encaminados expresamente a repartirse de antemano la ejecución de un programa de gran relevancia en el mercado de programas sociales para la tercera edad sin competencia entre ellas y con exclusión de las restantes, lo que incide de manera clara e incontestable, al menos, en el reparto o compartimentación del mercado y en el mantenimiento o refuerzo de la posición de las empresas sancionadas en el mercado.

Por último, el examen de las dos decisiones de la Comisión Europea que se aducen (Eurotunnel y Consorcio ECR 900) evidencian una completa diferencia de supuestos respecto al presente, ya que se trata en ambos casos de supuestos de concurrencia conjunta mediante un acuerdo previo de cooperación notificado a la Comisión para su examen. En ninguno de ambos supuestos se dan las circunstancias de hecho del presente caso y a las que nos hemos referido ampliamente en cuanto a su relevancia y significado para el derecho de la competencia.

Digamos también, como conclusión en relación con este motivo, que una cosa es la mayor o menor dificultad que el cumplimiento del programa o de uno de sus lotes pudieran ocasionar a cualquiera de las empresas sancionadas, y otra que la respuesta a dicha dificultad pasase inevitablemente por unos acuerdos claramente restrictivos de la competencia como los celebrados entre las empresas licitadoras. Como puede verse en el último párrafo transcrito de la Comunicación de la Comisión Europea de 1.968, la asociación entre competidores sólo resulta admisible cuando constituya el único procedimiento para formular ofertas interesantes. Sin embargo, la posibilidad, a la que se refiere la Sentencia recurrida, de que las empresas que hubieran obtenido alguno de los lotes en un concurso competitivo hubieran podido concertar con posterioridad al concurso y con transparencia aspectos específicos de la ejecución del programa licitado, evidencia la falta de fundamento de este motivo.

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

Se alega por la parte actora la infracción del principio de confianza legítima en los actos de la Administración. Reiteramos en su integridad la respuesta dada a esta cuestión en la referida Sentencia dictada en el recurso de casación 4.629/2.003 en los tres motivos en los que se hace referencia a la misma:

"QUINTO.- Sobre el motivo cuarto, relativo al principio de confianza legítima.

Se alega por la parte actora la infracción del artículo 1 del Código Civil, en la medida en que se habría infringido el principio de confianza legítima en los actos de la Administración y la doctrina de los actos propios.

Argumenta la empresa recurrente que la actuación de las sancionadas a partir de 1.992 ha estado basada en la confianza que tenían en que su conducta era conocida y

admitida por la Administración. Las empresas afectadas habían constituido Mundosocial con la intención de concurrir conjuntamente a la licitación de este programa de vacaciones. Sin embargo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa rechazó dicha posibilidad al no poder desempeñar una asociación de interés empresarial la misma actividad que sus socios, decisión inmediatamente anterior a la conclusión del plazo para presentar ofertas para la campaña 1.991/92, por lo que se vieron forzadas a concurrir de manera separada, aunque con ofertas idénticas. Dicha coincidencia de ofertas fue en todo caso conocida por la Administración, puesto que en el propio pliego se manifestaba la intención de las licitadoras de unir sus fuerzas empresariales para acometer la realización del programa en caso de que fuesen adjudicatarias de todo o parte del programa. Dicha unión era alentada por la Administración para que el programa de vacaciones para la tercera edad fuese asumido por empresas sólidas del sector, evitando los problemas que había originado la quiebra de la anterior adjudicataria Viajes Ceres. Asimismo, la Administración había autorizado expresamente la subcontratación de la ejecución del programa a Mundosocial A.I.E. Esta actuación conjunta, conocida y alentada por la Administración se prolongó en las campañas posteriores hasta la 97/98 inclusive, modificándose con posterioridad la modalidad del concurso. Concluye la actora que el comportamiento del Inerser crea la apariencia de legalidad del comportamiento de las empresas licitadoras, infringiendo así la Sentencia impugnada el mencionado principio de confianza legítima al descartar su aplicación en virtud del principio de legalidad y de la falta de atribuciones del Inerser en materia de defensa de la competencia.

Tampoco puede aceptarse la anterior alegación. Primero, porque de los propios hechos narrados por la actora se deducen conclusiones bien contrarias a las que formula en su argumentación. Y luego porque en un supuesto como el presente sin duda prevalece el principio de legalidad frente a un comportamiento manifiestamente contrario a la propia legalidad, aun cuando la conducta de la Administración pueda haber sido equívoca.

Así, en cuanto a los hechos, es evidente que cualquier justificación que las empresas sancionadas pudieran haber alegado en relación con su actuación en 1.992, como consecuencia de haber optado por una forma de colaboración empresarial que se demostró inviable por las razones ya vistas (la imposibilidad de que una asociación de interés empresarial pudiese acometer una tarea idéntica al objeto empresarial de sus miembros), resulta inaplicable a los años posteriores. En efecto, en modo alguno dichas razones y el interés de la Administración de buscar una ejecución empresarialmente viable del programa de vacaciones tras la quiebra de la adjudicataria en las dos temporadas anteriores a la de 1.991/92 pueden argüirse como una justificación del comportamiento de las empresas afectadas en temporadas muy posteriores, como la de 1.995/96. Ha de tenerse en cuenta que una práctica como la sancionada estaba ya comprendida en la anterior Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (110/1963, de 20 de julio) y que la vigente Ley de Defensa de la Competencia había entrado en vigor ya en 1.989. No podían desconocer por tanto, empresas importantes del sector como lo eran las sancionadas, las exigencias del derecho de la competencia, ni ser llamadas a engaño por una actuación de la Administración más o menos equívoca en cuanto a la admisibilidad del comportamiento de las empresas sancionadas.

Por lo demás no es posible dejar de lado, a la hora de considerar el peso que pudiera tener el principio de confianza legítima que se aduce, todo lo señalado en el fundamento anterior en el sentido de que la conducta de las empresas afectadas no se

limitaba a un acuerdo de colaboración para ejecutar el programa, sino que se trataba de un entramado de acuerdos encaminado a hacer irrelevante el resultado del concurso que se completaba con pactos con otras empresas para evitar la concurrencia de estas a la licitación. No puede pues la actora alegar el principio de confianza legítima para dar cobertura a un conjunto de acuerdos y decisiones que, por su propia naturaleza, iban mucho más allá de una concurrencia conjunta para la realización de un programa: acuerdos entre ellas para que fuese cual fuese el resultado del concurso repartirse su ejecución de acuerdo con sus propios criterios; subcontratación de la ejecución del programa a Mundosocial y posterior cesión por esta entidad a sus miembros de partes del programa de acuerdo con sus propios criterios adoptados en el seno de Mundosocial; y, finalmente, pactos de Mundosocial con otras empresas para que no acudieran al concurso, comprometiendo la participación de éstas en la ejecución del programa. Así pues, aun cuando la reacción inicial de la Administración en 1.992 pudiera haber alentado a las empresas actoras a actuar conjuntamente, su conducta excedía con mucho la de una colaboración para la ejecución de un programa, sino que comprendió toda una serie de acuerdos y pactos objetivamente encaminados a suprimir la competencia y por lo tanto directamente incursos en una prohibición legal. Debe pues primar el principio de legalidad, tal como afirma la Sala de instancia, sin que la actora pueda ampararse en el principio de confianza legítima como causa de justificación de su conducta.

Por otra parte debe decirse que la Administración ha de ajustar en todo caso su comportamiento a la legalidad del derecho de la competencia, evitando actuaciones que puedan poner en peligro una estricta aplicación del principio de legalidad con la finalidad de alcanzar determinados beneficios para los intereses generales (en el caso de autos, encomendar un determinado programa social a empresas sólidas). Tanto más cuanto que, como señalaron el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Sentencia impugnada, una efectiva competencia no era incompatible con una ejecución fiable del programa licitado y podría favorecer condiciones más ventajosas, aparte del precio, para el público al que dicho programa iba encaminado.

SEXTO.- Sobre el motivo quinto, relativo a la jurisprudencia sobre el principio de confianza legítima.

Este motivo se funda en la infracción de jurisprudencia sobre el principio de confianza legítima, en particular de la doctrina expresada en nuestra Sentencia de 23 de febrero de 2.000, recaída en el caso ANELE. De acuerdo con la argumentación de la actora, en la referida Sentencia se da plena aplicación al mencionado principio en los procedimientos de defensa de la competencia "como elemento, que sin afectar a la calificación de las conductas prohibidas, sí permite excluir o atemperar la responsabilidad y por ende la sanción". Según esto, la aplicación del principio al caso de autos llevaría a excluir la culpabilidad en el comportamiento de Viajes Halcón, quien se habría visto inducida por el proceder de la Administración a un error invencible respecto a la legalidad de su conducta. Por último, el compromiso de la actora y de las demás empresas sancionadas de poner fin a las conductas que le fueron reprochadas y de no incurrir de nuevo en ellas hubiera debido llevar a la Sala de instancia a anular o reducir substancialmente la multa impuesta.

Al versar este motivo de nuevo sobre el principio de confianza legítima debemos dar por reproducido todo lo manifestado en el anterior fundamento de derecho. Se expresan ahora, tan sólo, algunas consideraciones relativas a los argumentos nuevos que la parte incorpora en este motivo.

En primer lugar es procedente señalar las distintas circunstancias que concurren en el presente supuesto respecto a las que dieron lugar a la Sentencia de 23 de febrero de 2.000 . En aquel caso se apreció efectivamente que la conducta de la Administración había conducido a la entidad sancionada a la creencia en la legalidad de una determinada actuación en aplicación del referido principio de confianza legítima, y se invocaba jurisprudencia anterior de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Así, se definía su alcance señalando que "el principio de protección de la confianza legítima ha de ser aplicado, no tan solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego -interés individual e interés general-, la revocación o dejación sin efecto del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene porqué soportar...".

De lo anterior se deduce que la posible aplicación del principio de confianza legítima se asienta sobre el necesario examen de las circunstancias concretas que concurren en cada supuesto (comportamiento de la Administración, conducta sancionada, intereses generales y particulares en juego) y que no basta su alegación en relación con cualquier acto de la Administración que haya podido generar error en el administrado para entenderlo aplicable. En el supuesto concreto examinado en aquella ocasión el comportamiento de la Administración consistía en una recomendación expresa de que se moderasen las subidas de precios de los libros de texto, recomendación que se tradujo en un acuerdo de la Asociación Nacional de Editores de Libros y Material de Enseñanza (ANELE) de recomendación de precios a sus asociados. En nuestra Sentencia se concluyó que, efectivamente se había producido una conducta prohibida por la Ley 110/1963 entonces en vigor pero que, sin embargo, la imposición de la sanción no era conforme a derecho debido a la aplicación del referido principio de confianza legítima.

Muy distinta es la situación de hecho en el presente caso. No hay en este caso un comportamiento activo de la Administración que recomendase la celebración de acuerdos por parte de las empresas concurrentes para que alcanzasen los objetivos ya señalados de hacer irrelevante la celebración del concurso. Lo que puede aducir a su favor la empresa recurrente es tan sólo la búsqueda por parte de la Administración de que el programa fuese adjudicado a empresas sólidas y que viese con buenos ojos que colaborasen en la ejecución del mismo un grupo de empresas líderes del sector. Sin embargo, la Administración sólo conoció la identidad de las ofertas y el compromiso entre ellas de colaboración en la ejecución a partir de la apertura de pliegos en 1.992. Y de las propias argumentaciones aportadas por la actora se deduce que la Administración no era conocedora del ya referido entramado de acuerdos entre las empresas sancionadas. En lo que respecta a las campañas posteriores y, en concreto, a la de 1.995/96 objeto del expediente sancionador del que trae causa este recurso, el conocimiento y aceptación que la Administración pudiera tener de los pactos y compromisos de las empresas sancionadas entre si y con las de la competencia queda igualmente sin acreditar. Y debe subrayarse que hay mucha diferencia entre el conocimiento que pudiera tener sobre la colaboración entre ellas en cuanto a la ejecución del programa y el que fuese consciente del contenido de los pactos referidos, habida cuenta que las empresas sancionadas seguían concurriendo por separado, aunque con ofertas idénticas. Tanto más cuanto que lo que las empresas manifestaban en sus pliegos, según señala la actora, es que "de resultar alguna de

ellas adjudicatarias, participarán conjuntamente en la ejecución del programa en el lote o lotes adjudicados". Participación en la ejecución que, como ya se ha indicado, podía efectuarse sin duda mediante procedimientos acordes con la legalidad.

De todo ello se deduce que el interés de la Administración en que empresas sólidas del sector asumiesen el programa y su pasividad al tener constancia de ofertas idénticas de varias de ellas que manifestaban su intención de colaborar en la ejecución o la posterior solicitud de subcontratar la ejecución adjudicada a cada una de ellas con Mundosocial A.I.E., no puede ser alegado como un comportamiento que les llevase a engaño sobre la manifiesta ilegalidad de su conducta, consistente en el conjunto de acuerdos ya descritos, que no puede ser valorada desde el prisma del principio de confianza legítima.

SÉPTIMO.- Sobre el motivo quinto, referido a la alegación de la jurisprudencia relativa a la falta de culpabilidad, el error invencible y el arrepentimiento espontáneo.

Reitera la actora en este motivo su alegación del principio de confianza legítima, tal como fue aplicado en la ya mencionada Sentencia de 23 de febrero de 2.000 , sobre el asunto ANELE. Añade asimismo, que en virtud de las mismas circunstancias que justifican su aplicación, procedería igualmente entender que no hubo culpabilidad por parte de la actora, que se vio inducida a un error invencible. Finalmente, apela la actora al compromiso suscrito por las empresas sancionadas ante el Tribunal de Defensa de la Competencia de cesar en su conducta y no volver a concurrir con ofertas idénticas. Entiende la recurrente que todas estas circunstancias se configuran como causas admitidas por la jurisprudencia de este Tribunal para anular o, subsidiariamente, reducir considerablemente la multa que se le ha impuesto.

Descartada ya la aplicación del referido principio de confianza legítima en los anteriores fundamentos de derecho, debe rechazarse también, por idénticas razones, la concurrencia de falta de culpabilidad o de error invencible como causas que pudiesen justificar, en su caso, la anulación o, subsidiariamente, la reducción de la multa, como solicita la actora. En relación con ambas alegaciones debe añadirse a lo ya indicado respecto a la manifiesta ilegalidad de la conducta, el que se trate de empresas importantes del sector que cuentan con asesoramiento legal, lo que excluye más aún si cabe tales causas de justificación de su conducta. Y, en cuanto al arrepentimiento espontáneo debe indicarse que el cese de la conducta o el compromiso de no reincidir en ella como consecuencia de la apertura del expediente sancionador no supone que la infracción ya cometida haya de quedar sin sanción. Se rechaza por ello el motivo."

CUARTO.- Sobre el motivo tercero, relativo a la infracción del principio de proporcionalidad.

Este tercer motivo ha de ser rechazado a limine, puesto que versa sobre una cuestión no tratada en la Sentencia impugnada, por lo que no puede haber incurrido ésta en la infracción que se denuncia. Así pues, debe ser inadmitido en aplicación de lo dispuesto en el artículo 95.1 en relación con el 93.2.b) de la Ley de la Jurisdicción . De entender que la Sala de instancia hubiera debido pronunciarse sobre esta cuestión, la actora tenía que haber formulado un motivo sobre incongruencia omisiva al amparo del apartado 1.c) del artículo 88 del mismo cuerpo legal . Pero no puede dejar de mencionarse que en la demanda contencioso administrativa ni se argumentó sobre el principio de proporcionalidad ni se formuló ninguna pretensión principal o subsidiaria sobre reducción de la cuantía de la multa, por lo que un motivo semejante

no hubiera podido prosperar.

QUINTO.- Conclusiones y costas.

El rechazo de todos los motivos en que se funda el recurso supone su desestimación. Se imponen las costas a la parte que lo ha sostenido en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción .

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

FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Viajes Barceló, S.L. contra la sentencia de 12 de febrero de 2.003 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 1.001/2.000 . Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos .
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico