

Id Cendoj: 28079130032006100327
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 3
 Nº de Recurso: 818/2004
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: CONTENCIOSO
 Ponente: OSCAR GONZALEZ GONZALEZ
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DEFENSA DE LA COMPETENCIA x
- x SANCIONES EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA x
- x PROPORCIONALIDAD (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x BUENA FE x
- x ADJUDICACIÓN (CONTRATOS ADMINISTRATIVOS) x
- x LIBERTAD DE CONCURRENCIA x

Resumen:

En materia de concursos públicos para la adjudicación de un servicio el sistema de libre competencia no puede operar "ex post" de la adjudicación, puesto que ésta se realiza normalmente en régimen de exclusividad, lo que es contrario en si mismo a una concurrencia en el mercado. Es en la fase de selección del contratista, cuando se produce la confrontación de operadores que actúan en el sector, que tratarán de lograr la prestación, mediante la presentación de ofertas más ventajosas que redundarán en beneficio de los consumidores. Es en este momento donde deben actuar los mecanismos de defensa de la competencia con el fin de lograr que concurren al concurso los competidores despojados de cualquier tipo de limitación por pactos o convenios con otros operadores, e impedir la ventaja competitiva de unos respecto de los otros. No hay duda, que la cláusula de "prohibición de competencia" inserta en determinados contratos celebrados entre **MUNDOSOCIAL** y un cierto número de Agencias de Viajes, en la que se establece el compromiso 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 ayudar o participar en la presentación de ninguna candidatura de cualquier otra empresa, supone una evidente limitación a la libertad de concurrencia que debe predicarse de todo concurso, y que afecta de una manera directa a la competencia.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Octubre de dos mil seis.

En el recurso de casación nº 818/2004, interpuesto por la Entidad **MUNDOSOCIAL**, IAE., representada por el Procurador Don Cesáreo Hidalgo Senén, y asistida de letrado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 19 de noviembre de 2003, recaída en el recurso nº 1002/2000, sobre sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia por infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989; habiendo comparecido como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) dictó sentencia desestimando el recurso promovido por la Entidad **MUNDOSOCIAL**, AIE., contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 25 de octubre de 2000, que imponía a la recurrente una multa de ciento cincuenta millones de pesetas (901.518'156 euros), por incurrir en la conducta prohibida por el *art. 1 de la Ley de Defensa de la*

Competencia , consistente en "acordar la absoluta identidad de las ofertas presentadas por las cuatro primeras al Concurso público núm. 19/1995 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", así como la suscripción de contratos entre la recurrente y otros, en cuyas cláusulas se establece el compromiso por parte de diversas Agencias de no presentarse al concurso convocado por el INSERSO para la ejecución del Programa de vacaciones para la Tercera Edad anteriormente citado, ni a colaborar, ayudar o participar en la presentación de ninguna candidatura de cualquier otra empresa", requiriendo 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.

SEGUNDO.- Notificada esta sentencia a las partes, por la Entidad **MUNDOSOCIAL** , A.I.E., se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 29 de diciembre de 2003, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la recurrente (**MUNDOSOCIAL** , A.I.E.) compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formuló en fecha 13 de febrero de 2004 el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual expuso los siguientes motivos de casación:

1) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, *letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional* , por infracción, por aplicación errónea del *artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio* , de Defensa de la Competencia.

2) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, *letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional* , por infracción, por vulneración del principio de proporcionalidad en la imposición de la multa.

Terminando por suplicar declare haber al recurso y 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 2000, 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 la recurrente, por importe de 901.518,156 euros, o con segundo grado de subsidiariedad reduzca substancialmente el importe de la citada sanción.

CUARTO.- Por providencia de la Sala, de fecha 7 de septiembre de 2005, se acuerda admitir a trámite el presente recurso de casación, ordenándose por otra de 2 de noviembre de 2005 entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO), a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al mismo; lo que hizo mediante escrito de fecha 19 de diciembre de 2005, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dicte sentencia por la que se desestime el recurso y se confirme la que en el mismo se impugna, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

QUINTO.- Por providencia de fecha 9 de junio de 2006, se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 17 de octubre siguiente, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Óscar González González, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de esta casación la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en virtud de la cual se desestimó el recurso interpuesto por **MUNDOSOCIAL** A.I.E. contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 2000 del siguiente tenor:

<<"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, resultarían 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 Wagonlit Travel, Viajes 2000, S.A., Viajes Interopa, Viajes Cyrasa Internacional, Viajes Ciberviajes, Viajes Cavaltour, Viajes Internacional Expreso, S.A., Viajes Sidetours, S.A., Viajes Lamia Tours, Viajes Tep, S.A. y Viajes Valdés consistente en la suscripción de contratos entre **Mundosocial** A.I.E. y cada una de las 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.- Interponer 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 o de nacional de dos diarios de información general que se distribuyan en todo el territorio español.

SEXTO.- La justificación de lo ordena Resolución deberá hacerse ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

SÉPTIMO.- Ordenar que se traslade copia de esta Resolución y de los particulares que sean precisos al Fiscal General del Estado por si se encontraran indicios de conductas ilegales de otra naturaleza que no corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia enjuiciar ni resolver".>>

El Tribunal de instancia basó su sentencia en lo siguientes fundamentos:

<<"La segunda práctica anticompetitiva que imputa la Resolución impugnada a la recurrente consistió en la suscripción de contratos con 12 agencias de viajes, en los que se incluyó la cláusula de prohibición para presentarse al concurso convocado por el INSERSO para la ejecución de programas de vacaciones para la tercera edad, correspondiente a la temporada 1995/95. Por dicha infracción la recurrente fue sancionada con una multa de 150 millones de pesetas.

Se recuerda el tenor literal de la cláusula en cuestión:

Prohibición de competencia. Como quiera que la finalidad del presente contrato es la asociación de dos Empresas, mediante la necesaria aportación de diversos servicios turísticos de una de ella (LA AGENCIA), a la otra **MUNDOSOCIAL** al objeto de que una de ellas, **MUNDOSOCIAL**, se presente directa o indirectamente al CONCURSO, por estimar ambas partes que de esta formase facilitará la Adjudicación y ejecución posterior del PROGRAMA, se obliga LA AGENCIA en este acto a no presentarse al CONCURSO ni ayudar, colaborar o participar en la presentación de ninguna candidatura de cualquier otra Empresa, **MUNDOSOCIAL** se compromete igualmente a incluir en su oferta a LA AGENCIA en los términos pactados en el presente contrato.

Desde el punto de vista formal, parece difícil encontrar un acuerdo, expresado por escrito además, que tenga mayor encaje en la descripción de las conductas anticompetitivas prohibidas por el *artículo 1 de*

la ley 16/1989, de 17 de julio (LDC). Mediante esta cláusula, 12 empresas de viajes se comprometieron a no competir en un concurso público con 4 empresas rivales, asumiendo la obligación de no presentar ofertas, y por si hubiera alguna duda, se denomina a la cláusula en cuestión "prohibición de competencia."

Alega la parte actora que dicha cláusula tiene su explicación en el hecho de que las 12 empresas de viajes que suscribieron tal cláusula con **MUNDOSOCIAL AIE** integraban la candidatura de otra empresa que concurría al concurso, y que en dicho contexto es lógico que una empresa pueda prohibir a otra, que acepta integrarse en su candidatura, que compita con ella.

Pero las 12 agencias de viajes que suscribieron con **MUNDOSOCIAL AIE** la cláusula de prohibición de competencia, en todo caso, no integraban la candidatura de una empresa, - sino indirectamente- de las 4 únicas empresas que se presentaron concertadamente con idénticas ofertas a un concurso, y ya se ha dicho que tal conducta es una práctica prohibida por el artículo 1 LDC, Además, no se entiende la inclusión de la cláusula de prohibición de competencia con esas 12 agencias de viajes, que son las de mayor importancia del sector (excluidas las concursantes), cuando **MUNDOSOCIAL AIE** suscribió otros numerosos contratos -aproximadamente 342- con otras agencias de viajes, para la comercialización del programa de viajes, sin necesidad de ninguna cláusula restrictiva de la competencia.

El pacto de **MUNDOSOCIAL AIE** con las principales agencias de viajes, para asegurar su no participación en un concurso al que iban a concurrir las 4 Agencias que integraban la AIE, unido a la identidad de las ofertas que estas de común acuerdo presentaron, produce sin duda el efecto de limitar la competencia, al asegurar de esta forma la ausencia de competidores en la licitación.

[...] De forma subsidiaria alega el recurrente la improcedencia de la atribución de responsabilidad autónoma e individual a una AIE, por tratarse de una sociedad puramente instrumental de sus socios, siendo por tal razón sus socios partícipes los únicos responsables de sus actuaciones. Añade que la actuación de **MUNDOSOCIAL AIE** es la de un agente, de acuerdo con la definición contenida en la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000 (DOCE C 291, de 13/10/2000), en la que se excluye la aplicación del artículo 81.1 del Tratado de la Unión Europea a la relación de agencia, cuando el agente se limite a suscribir o negociar contratos por cuenta de su principal.

Sin embargo, la Sala entiende que en la actuación de **MUNDOSOCIAL AIE** no concurren los elementos precisos para calificarla de agencia, Lo determinante para entender que estamos en presencia de la actuación de un agente, según la Comunicación a que se refiere la demanda, es la no asunción por el agente del riesgo financiero o comercial en relación con las operaciones en que interviene por cuenta del principal.

En los contratos suscritos por **MUNDOSOCIAL**, SA, tanto con las 12 agencias de viajes en los que se incluyó la prohibición de competencia, como con las otras -aproximadamente- 342 empresas de viajes en la que no se incluyó tal cláusula, no se hace mención alguna a que la demandante actúe por cuenta de terceros, sino que suscribe dichos contratos en nombre propio. El régimen que se deriva para las Agrupaciones de Interés Económico de la ley 12/1991, de 29 de abril, que más adelante comentaremos, prevé la responsabilidad directa de esta por sus deudas, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria de sus socios. Por ello, debe sostenerse que **MUNDOSOCIAL AIE** asume el riesgo financiero o comercial derivado de sus operaciones.

MUNDOSOCIAL AIE, como ya se ha visto, se constituyó al amparo de la ley 12/1991, de 29 de abril, a cuyas disposiciones expresamente se remite el artículo 10 de sus Estatutos. Su finalidad, por tanto, es la de facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios (artículo 2 de la ley 12/91), esto es, se limita a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios (artículo 3 de la ley 12/91), lo que supone la imposibilidad de sustituir a estos en su actividad.

Por lo demás, **MUNDOSOCIAL AIE** tiene personalidad jurídica propia (artículo 1 de la ley 12/91), así como capacidad de obrar en el tráfico, y por ello -como señala el Abogado del Estado- de incurrir en ilícitos administrativos. De las consecuencias económicas de sus actos, así como de sus deudas en general, responde en primer término y en forma directa la demandante, de acuerdo con el artículo 5 de la ley 12/91, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria de sus socios.

[...] También como alegación con carácter subsidiario, la recurrente considera que la sanción es improcedente por desproporcionada y excesiva.

La desproporción la encuentra la recurrente en relación con otras sanciones impuestas por el mismo TDC en otros casos de prácticas prohibidas por el artículo 1 LDC. Sin embargo, hay que tener presente que

la amplitud de la descripción de la infracción del *artículo 1 LDC* posibilita su aplicación a conductas muy diversas, que presentan tan sólo algunos rasgos comunes, por lo que se hace necesario el examen caso por caso de las conductas infractoras y de las específicas circunstancias concurrentes. Pero, de todas formas, no puede admitirse la afirmación de la recurrente de que en casos similares -conductas contrarias al *artículo 1 LDC* - el TDC ha impuesto siempre sanciones inferiores, sino al contrario, pueden citarse supuestos de prácticas prohibidas en los que el TDC ha impuesto sanciones muy superiores a la de la recurrente, así en la Resolución de 15 de abril de 1999 (AC 2000\2815), impuso sanciones de 827 millones y 370 millones de pesetas a dos empresas azucareras, y en sus Resoluciones de 30 de septiembre de 1998 (AC 1998\9044) Y 11 de noviembre de 1998 (AC 1998/199), impuso sanciones de 296 millones y 188 millones de pesetas a otras dos empresas farmacéuticas, con la particularidad de que este último caso si presenta rasgos similares al actual, pues se sancionaba una práctica restrictiva consistente en la presentación de idénticas ofertas a unos concursos de vacunas antigripales, con la diferencia en perjuicio de la recurrente de que, a pesar de ser más elevadas las sanciones, el mercado geográfico afectado en el caso que citamos era más limitado (Andalucía) y además las empresas infractoras no habían desarrollado la conducta de prohibir y evitar que otras competidoras accedieran al concurso.

Tampoco parece a la Sala que deba tener un especial relieve como circunstancia atenuante el hecho de que las empresas infractoras se comprometan a cesar en una conducta contraria a la LDC, después de conocer la incoación del expediente sancionador.

No puede dudarse de la presencia en este caso del elemento de intencionalidad en la conducta de la demandante. Los pactos de prohibición de competencia celebrados con otras agencias de viajes, buscaban precisamente lo que su denominación indica, impedir la competencia en el concurso público al que iban a presentarse precisamente las 4 Agencias de Viajes partícipes en **MUNDOSOCIAL** AIE, que no podía desconocer la existencia de la ley de defensa" de la competencia, en vigor desde varios años (6 años) antes a la celebración de dichos contratos, cuyo *artículo 1* prohíbe esos acuerdos restrictivos.

Ya se ha tratado anteriormente que el conocimiento de los hechos por la Administración, en este caso, no reviste los caracteres que hagan aplicable la aplicación del principio de protección de la confianza legítima.

En definitiva, la Sala considera que el TDC ha razonado suficientemente, con argumentos que comparte, la gravedad de la conducta de la recurrente, que mediante los repetidos contratos con las agencias de viajes competidoras de sus socios buscó y consiguió eliminar la competencia en un concurso público, con el efecto añadido de restringir la libertad de la Administración para elegir de entre diferentes ofertas la más ventajosa, impidiendo de esta forma la ejecución del gasto público conforme a los criterios de eficiencia y economía (*artículo 31.2 CE*)">>.

Contra esta sentencia se ha interpuesto la presente casación con base en los motivos que han quedado transcritos en los antecedentes. Dichos motivos se interponen exclusivamente en relación con los pronunciamientos de la sentencia respecto del segundo cargo de la resolución del TDC que consideró que **MUNDOSOCIAL** AIE infringió el *art. 1 LDC* al pactar con varias agencias de viajes que si directa o indirectamente resultaba adjudicataria del Programa (es decir ya sea **MUNDOSOCIAL** o alguno de sus accionistas) contrataría con ellas su comercialización, razón por la cual les prohibió que se presentaran al concurso (ya sea directamente o formando parte de otras candidaturas), imponiéndose a AIE, por este cargo, una multa de 901.518,156 euros.

SEGUNDO.- En su primer motivo de casación aduce la recurrente que está probado que ninguno de sus socios partícipes cumplía ni de forma individual ni tampoco de forma conjunta las exigencias de comercialización del Programa requeridas en el concurso 19/95, al no contar con suficientes puntos de venta, y en este contexto es totalmente lícito que la AIE exigiera a las Agencias que aceptaran unirse a las ofertas de sus socios partícipes que no compitieran con ellas, ni directa ni indirectamente formando parte de otras candidaturas competidoras. Añade que esto fue solo para el concurso 19/95 y no para el futuro, y responde a un principio de buena fe contractual exigido por el *art. 1258 del Código Civil*, no siendo acorde con el mismo agruparse en una candidatura y a la vez competir con ella. Señala, por último, que este pacto se suscribe a diario con vistas a la licitación a un concurso.

En materia de concursos públicos para la adjudicación de un servicio el sistema de libre competencia no puede operar "ex post" de la adjudicación, puesto que ésta se realiza normalmente en régimen de exclusividad, lo que es contrario en si mismo a una concurrencia en el mercado. Es en la fase anterior, en la de selección del contratista, cuando se produce la confrontación de operadores que actúan en el sector, que tratarán por los cauces legales lograr la prestación, mediante la presentación de ofertas más ventajosas, bien ofreciendo precios más económicos, o condiciones más atractivas, que redundarán en beneficio de los

consumidores. Es en este momento donde deben actuar con toda intensidad los mecanismos de defensa de la competencia con el fin de lograr que concurren al concurso los competidores despojados de cualquier tipo de limitación por pactos o convenios con otros operadores, e impedir la preponderancia o ventaja competitiva de unos respecto de los otros.

No hay la menor duda, que la cláusula de "prohibición de competencia" inserta en determinados contratos celebrados entre **MUNDOSOCIAL** y un cierto número de Agencias de Viajes, en la que se establece el compromiso por parte 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 ayudar, colaborar o participar en la presentación de ninguna candidatura de cualquier otra empresa, supone una evidente limitación a la libertad de concurrencia que debe predicarse de todo concurso, y que afecta de una manera directa a la competencia, incurriendo dicho pacto en la prohibición prevista en el *art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*, al restringir el ámbito de operadores que pudieran hacer sus ofertas en el concurso, máxime, si, como resulta probado, muchas de las Agencias de Viajes que lo firmaron tenían un volumen de facturación parecido al de la que resultó adjudicataria, o, incluso, siendo menor, podían acudir al mismo respecto de determinados lotes al ser posible su adjudicación separada. Debe tenerse presente, además, que de esta forma se ha creado una importante red coordinada de contratos con operadores que actúan en el sector, que a cambio de no competir en la adjudicación van a recibir la integridad de servicios parciales -viajes, hoteles- derivados del concurso, lo que supone el cierre del mercado respecto de los mismos, en relación con un grupo muy importante de ciudadanos: los de la tercera edad.

Poco importa que esta restricción competencial no haya continuado en el futuro, pues lo cierto es que en el concurso a que se contrae el expediente los efectos perjudiciales a la competencia eran evidentes, y aunque de hecho no se hubieran producido, la existencia del tipo se daba por la mera potencialidad del daño, al margen de que en sucesivos concursos los actos colusorios sancionados no se produjesen.

En último término, la apelación a la buena fe, como elemento determinante del contrato celebrado entre las partes, no puede ser acogida, pues, aparte de haberse demostrado que contratos similares se celebraron con otras agencias (342) sin incluirse la mencionada cláusula prohibitiva, lo que demuestra que no era tan decisiva a los efectos exculpatórios pretendidos, si la celebración del contrato implicaba que de acuerdo con la buena fe el contratante no debía competir, lo correcto era no celebrar el contrato, pues indefectiblemente iba a producir un resultado contrario a la Ley, que el propio *art. 1258 del Código Civil* citado por el recurrente en su escrito, trata de evitar. Frente a ello, no es argumento exculpatório que son cientos, si no miles, los concursos en los que licitan empresas en torno a una candidatura, pues al margen de la realidad de este dato, que a la Sala no consta en orden a su cuantía, los que así se celebren e incurran en el tipo previsto en el *art. 1* no quedarían excluidos de su ilicitud.

TERCERO.- En su segundo motivo aduce el recurrente que la sentencia recurrida debió haber tenido en cuenta el principio de proporcionalidad en la imposición de la multa, habida cuenta la ausencia de culpabilidad y de intencionalidad, como su colaboración durante la tramitación del expediente sancionador. Invoca también este principio en orden a la reducción de la multa al tratarse de una entidad que carece de cifra de negocios, debiendo rebajarse el límite señalado en la ley para las mismas, conforme se ha hecho en precedentes del TDC. En último lugar, invoca la desproporción con las multas impuestas a los otros sancionados en el mismo expediente, que han sido en casi todos los casos inferior.

La alegación de la ausencia de culpabilidad e intencionalidad no puede ser acogida desde el momento en que la suscripción de los contratos se hizo de manera consciente, hasta el extremo de que muchos de ellos incluían la cláusula de referencia bajo el título "prohibición de competencia", lo que indica bien a las claras cual era el objetivo perseguido, sin que el posible conocimiento de la Administración de la existencia de esta práctica tenga valor excluyente, pues lo que es ilegal lo es al margen de lo que piensen terceros, máxime si no consta que se diera una conducta activa y determinante de la Administración para que se redactase esa cláusula. Tampoco tiene trascendencia atenuante la actuación colaboradora de los responsables cuando el expediente administrativo ya había comenzado, pues hubiera sido preciso que fuera con anterioridad.

Como acertadamente señala la sentencia recurrida, los precedentes alegados a parte de existir otros de signo más agravatorio, no pueden contemplarse de forma general, al tratarse de conductas que pueden presentar rasgos diferenciales o situarse en párrafos diferentes del artículo primero. Lo decisivo, a los efectos de determinar el importe y gravedad de la sanción está en la mayor o menor incidencia sobre el interés público, que en los supuestos de concursos resulta especialmente relevante, como el propio TDC se preocupa de resaltar en su resolución. En cualquier caso, la multa queda muy por debajo del límite del 10%

del volumen de ventas correspondiente al ejercicio anterior (*art. 10 LDC*), por lo que debe considerarse proporcionada, sin que a ello se oponga la inferior cuantía impuesta a los cuatros socios de **MUNDOSOCIAL** S.A. -Viajes Marsans, Viajes Halcón, Viajes Barceló y Viajes Iberia-, al responder las sanciones a éstas impuesta a otras conductas.

CUARTO.- De conformidad con el *art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional* , procede la condena en costas del recurso a la parte recurrente.

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad EL REY,

FALLAMOS

Que declaramos no haber lugar y, por lo tanto, DESESTIMAMOS el presente recurso de casación nº 818/2004, interpuesto por la Entidad **MUNDOSOCIAL** A.I.E., contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 19 de noviembre de 2003 , recaída en el recurso nº 1002/2000; con condena a la parte recurrente en las costas del mismo.

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. ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.