

**Id. Cendoj:** 28079230062006100561  
**Órgano:** Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 6  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 17/11/2006  
**Nº de Recurso:** 263/2004  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA  
**Procedimiento:** CONTENCIOSO  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

---

## SENTENCIA

Madrid, a diecisiete de noviembre de dos mil seis.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la

Audiencia Nacional ha promovido Europa Ferrys S.A., y en sus nombres y representaciones el

Procurador Sr. Dº José Manuel Villasante García, frente a la Administración del Estado, dirigida y

representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal de Defensa de la

Competencia de fecha 26 de mayo de 2004, relativa a sanción por vulneración de la libre

competencia, siendo Codemandada Federación Española de Transitarios Expendedores

Internacionales y Asimilados y la cuantía del presente recurso 60.000 euros.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Europa Ferrys S.A., y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. Dº José Manuel Villasante García, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 26 de mayo de 2004, solicitando a la Sala, declare la nulidad de las sanciones que nos ocupan.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que

estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día siete de noviembre de dos mil seis.

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

## **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 26 de mayo de 2004, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multas de 60.000 euros, como consecuencia de la comisión de una infracción tipificada en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, consistente en la aplicación de una política de precios homogénea y paralela entre todas las sancionadas, basada en descuentos comunes sobre una tarifa común de referencia en el servicio de transporte marítimo en la línea Algeciras-Tánger.

SEGUNDO: El examen del alcance jurídico de los hechos establecidos, pasa por el análisis de dos preceptos, esenciales en la resolución del presente supuesto:

A) El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio dispone: " Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, y en particular los que consistan en...".

B) El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... Multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas...".

Del primero de los preceptos citados resulta: 1) La actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia. 2) 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. 3) La conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

En relación al segundo de los preceptos citados, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes

económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culpable - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

TERCERO: Los hechos declarados probados en la Resolución impugnada, que resultan del expediente administrativo y no son contradichos por la actora son: 1.- las seis compañías sancionadas, durante los años 1999, 2000 y 2001 aplicaron a sus clientes no contractuales las siguientes tarifas en la línea Algeciras - Tánger, camión cargado 28 euros/ metro lineal, camión vacío 19,25 euros/ metro lineal, 2.- durante los mismos años se suscribieron 98 contratos a los cuales se les aplicaron las tarifas que se recogen en la página 3 de la resolución impugnada y de la que resulta su homogeneidad.

En la valoración de la prueba hemos de recordar la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 6 de marzo de 2000, recurso 373/93 :

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

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

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

Partiendo de los hechos relatados hemos de afirmar la suficiencia de los indicios considerados en la resolución impugnada para acreditar la existencia de un enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado -identidad de precios- y la consecuencia -pacto entre las navieras- que permite dar por probada la práctica colusoria sancionada.

Dicho lo anterior hemos de precisar que un análisis de los hechos a la luz de la sana crítica no ofrece explicación alternativa ante la uniformidad de precios - salvo un comportamiento conscientemente paralelo que igualmente es constitutivo de infracción -, de la asumida por el TDC.

La explicación de uniformidad de precios basada en una tarifa histórica derivada del Acuerdo Bilateral Hispano Marroquí ya ha sido rechazada por esta Sala en nuestra

sentencia de 9 de diciembre de 2005, recurso 341/2004 , ya que, como decíamos carece de norma o precepto alguno que permita vincular la llamada tarifa de referencia, y por ello que ampare la uniformidad en los descuentos cuya aplicación ha quedado acreditada.

En lo que hace al derecho de defensa, la recurrente tuvo oportunidad tanto en vía administrativa como ahora en la judicial de conocer las actuaciones y esgrimir las argumentaciones que estimó oportunas, así como proponer prueba. No existe vulneración del derecho de defensa. Tampoco se aprecia en la motivación de la resolución en la que se recogen los elementos jurídicos y fácticos necesarios para justificar la decisión adoptada.

En cuanto a la confianza legítima hemos de señalar que la pasividad de las autoridades portuarias e incluso la facilitación de estas prácticas, no genera confianza legítima a los efectos que nos ocupan, pues no son competentes en cuanto a determinar que prácticas sean contrarias a la libre competencia.

Tampoco las decisiones del TDC en asunto semejante es suficiente para generar la confianza legítima en la actora, en primer lugar porque sería necesario una identidad no acreditada, y en segundo lugar porque bien pudo la recurrente solicitar la autorización del TDC para un comportamiento que era evidente que limitaba la libre competencia en los precios, lo cual si hubiese generado esa confianza legítima.

Tres cuestiones quedan por analizar antes de entrar en la cuestión relativa a la graduación de la sanción: 1.- El mercado de referencia es la Línea Algeciras Tánger y no existe razón alguna para considerar también la Línea Cádiz Casablanca, porque las conductas colusorias del artículo 1 de la Ley 16/1989 vienen referidas a todo o parte del mercado Español, y por ello es perfectamente posible la existencia de una practica de fijación de precios en una Línea, y que por su relevancia en la vida económica justifique el ejercicio de las potestades del Tribunal. Tal ocurre en este caso en que nos encontramos ante una línea vital del transporte marítimo entre la península y Africa. Por otra parte, la Línea que se cita tiene un trayecto distinto. 2.- Las conductas colusorias engloban prácticas tácita o expresamente concertadas, conscientemente paralelas, decisiones o recomendaciones tendentes a provocar un comportamiento común. Que exista acuerdo expreso o tácito o incluso que no exista pero se aúnen comportamientos de forma consciente, es irrelevante a los efectos de la infracción puesto que todos los comportamientos se incluyen en ella. 3.- En cuanto a la variación de cuotas de mercado no contradice lo hasta ahora razonado, ya que un acuerdo de fijación de precios no impide la competencia en otros servicios - que puedan determinar la elección de los clientes -, pero la restringe en uno de los elementos esenciales de la competencia cual es la libre formación de precios, y tal elemento objetivo integra el tipo infractor aplicado.

CUARTO: En cuanto a la graduación de la sanción, en el presente caso, la multa se ha impuesto en su grado mínimo, ya que éste, según el artículo 10 de la LDC sería el 10% del volumen de ventas, por lo que los 150 millones de pesetas a que alude dicho precepto no operan como límite máximo sino como referencia de una primera escala sancionatoria, criterio este también reiterado por la Sala en supuestos análogos y ratificado por el Tribunal Supremo que, en la citada sentencia (STS de 15 de julio de 2002 ) y en otras, considera conforme con el propio artículo 10 de la Ley 16/1989 la aplicación de aquel coeficiente (lo que aquí no ha sucedido) que permite, en definitiva, que la resolución sancionadora sobrepase el límite ordinario de 150 millones de pesetas utilizando

como módulo el 10% del volumen de ventas.

Desde esta perspectiva, el juicio de proporcionalidad llevado a cabo por la resolución recurrida nos parece adecuado en cuanto considera el periodo de tiempo que duró la práctica, dimensión del mercado y actividad similar de todas las sancionadas. Sin olvidar que no siempre es factible cuantificar las sanciones pecuniarias sobre la base única y exclusiva de meros cálculos matemáticos, y resulta, en palabras de la citada sentencia del Tribunal Supremo "por el contrario, inevitable otorgar al Tribunal de Defensa de la Competencia un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas sin vinculaciones aritméticas a parámetros de "dosimetría sancionadora" rigurosamente exigibles".

En definitiva, la Sala considera que el TDC se ajustó al artículo 10 de la Ley 16/1989 en la imposición de la multa impuesta por importe de 60.000 euros que, por lo tanto, deberá ser confirmada.

QUINTO: En cuanto a una posible exculpación de la infracción por la posible autorización de la práctica debido al sistema de intercambiabilidad, como decíamos en nuestra sentencia de 4 de julio de 2005, dictada en el recurso 429/2002 en un asunto muy semejante al que ahora analizamos: "ha de partir de la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 3.1 de la Ley 16/1989, hemos de hacer unas precisiones previas. La interpretación del precepto ha de realizarse a la luz de los principios generales que informan la regulación en materia de libre competencia.

Los requisitos señalados en el precepto citado han de concurrir en su totalidad, como veremos, para que la conducta sea legalmente autorizable.

En relación al primero de los aspectos, hemos de señalar que en el ámbito de la Unión Europea, el antiguo artículo 85 del Tratado de Roma, hoy 81, dispone en su párrafo 1º: "... serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común".

Si bien, el sistema económico que establece el Tratado se basa en los principios de la economía de libre mercado y concede un papel esencial a la libre competencia en la puesta en práctica, desarrollo y consecución del mismo, la libre competencia no es un fin en sí mismo. Es únicamente un medio para lograr que se produzca una óptima división del trabajo, un máximo de productividad, la satisfacción de la demanda.... Los artículos del Tratado en la materia, han de ser interpretados, según ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades, y aplicados a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 2 y 3 f) del propio Texto - sentencias Continental Can a. 6/72 y Comercial Solvents Corporation a. 6-7/73 -. El mencionado artículo 3 f) señala el principio básico, cual es el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común, lo que exige atender no sólo a los derechos y obligaciones de los acuerdos que se enjuician, sino el contexto legal y económico en el que se han adoptado y van a desarrollar sus efectos - sentencia Beguelin Import CO. a. 22/71 -.

El T.J.C.E. ha afirmado igualmente, que la libre prestación de servicios no puede ser

limitada más que por normas justificadas por el interés general y que atañan a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio de un Estado - sentencia Webb, 1982 -.

La idea central es pues el mantenimiento de la libre competencia como medio de conseguir un correcto funcionamiento de los mercados que haga posible el desarrollo social y tecnológico, la optimización de los recursos, la mejora en las condiciones de los usuarios, la mejora en la calidad de las prestaciones, etc... Ahora bien, cuando concurren determinadas circunstancias, puede ser aconsejable asumir un límite a la libre competencia, precisamente como medio idóneo para obtener esos mismos resultados que la libre competencia tiende a producir, y en tal marco se incardina el artículo 3.1 de la Ley 16/1989, en cuanto prevé una autorización de prácticas anticompetitivas, cuando concurren los requisitos señalados, que tienden, como veremos, a conseguir esos efectos beneficiosos a los que nos hemos referido.

El precepto en cuestión dispone: "1. Se podrán autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1, o categorías de los mismos, que contribuyan a mejorar la producción o comercialización de bienes o servicios, o a promover el progreso técnico o económico siempre que: a) permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas, b) no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) no consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados."

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

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

del artículo 3.1 constituyen un ámbito respecto del cual no se admiten en ningún caso restricciones competenciales, suponen una prohibición absoluta en la limitación de la libre competencia, y por ello se formulan en el precepto como condiciones negativas."

Aplicando esta doctrina al supuesto enjuiciado, hemos de considerar que la intercambiabilidad que podría justificar la autorización, requiere de una solicitud previa, como requisito indispensable para la exculpación, la solicitud es posterior a los periodos en que la infracción fue cometida.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa .

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

### **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto promovido por Europa Ferrys S.A., y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. Dº José Manuel Villasante García, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 26 de mayo de 2004 , debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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