

Id. Cendoj: 28079230062005100260
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 30/06/2005
Nº de Recurso: 477/2003
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA: SANCIÓN POR LA REALIZACIÓN DE UNA CONDUCTA ANTICOMPETITIVA PROHIBIDA POR EL ART. 1 LDC EN LA FIJACIÓN DE PRECIOS DEL SERVICIO MARÍTIMO DE PASAJEROS EN LA LÍNEA ALGECIRAS-CEUTA DENEGACIÓN. PROCEDENTE DE LA AUTORIZACIÓN SINGULAR SOLICITADA PARA EL SISTEMA DE INTERCAMBIO DE BILLETES Y ORDENACIÓN DE HORARIOS.

SENTENCIA

Madrid, a treinta de junio de dos mil cinco.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo

Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 477/03, se tramita a

instancia de la entidad BUQUE BUS ESPAÑA, S.A., entidad representada por el Procurador D.

Jorge Deleito García, contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 13 de

junio de 2003, sobre sanción por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y denegación de autorización singular para el "Sistema de

intercambio de billetes y ordenación de horarios en la línea marítima Algeciras-Ceuta"; y en el que

la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado,

siendo la cuantía del mismo indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte indicada interpuso, en fecha 22 de julio de 2003, este recurso respecto de los actos antes aludidos, admitido a trámite, anunciada la interposición del mismo en el Boletín Oficial del Estado y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo: "que habiendo por devuelto el expediente administrativo y por presentado este escrito, los documentos que lo acompañan y copias de todo ello, se sirva admitirlo, tenga por formulada la demanda del presente recurso contencioso-administrativo y, previos los trámites procesales legalmente establecidos, dicte Sentencia por la que, de conformidad con los hechos y fundamentos expuestos, declara la nulidad de la Resolución del TDC de fecha de 13 de junio de 2003 por la que se imputa cierta práctica restrictiva de la competencia a mi mandante y se le impone cierta sanción económica y por la que se deniega la autorización singular solicitada o, subsidiariamente la anule, por no ser conforme a Derecho, disponiendo en su lugar la exoneración de todo reproche sancionador y de la imposición de cualquier sanción y procedencia de otorgar la autorización singular interesada. Es justicia que pido".

2. De la demanda se dió traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: "que tenga por contestada la demanda deducida en el presente litigio y previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho con imposición de costas a la parte recurrente".

3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto de fecha 23 de marzo de 2004, acordando el recibimiento a prueba con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones, a través del cual las partes, por su orden, han concretando sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones, quedando los autos pendientes de señalamiento, lo que se hizo constar por medio de providencia de 5 de enero de 2005; y, finalmente, mediante providencia de 29 de marzo de 2005 se señaló para votación y fallo el día 28 de mayo de 2005, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de junio de 2003 (expediente 543/02, Trasmediterránea/Euroferrys/Buquebús) por la que en el referido expediente incoado de oficio, tras denuncia del Rotary Club de Ceuta contra tres compañías navieras entre ellas Buquebús España S.A. -ahora recurrente- por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia, consistentes en que las mencionadas empresas habían establecido un acuerdo para ofertar conjuntamente los servicios de transporte que realizan entre Ceuta y la Península, unificando los precios y repartiéndose el pasaje, lo que constituía, según la

mencionada denuncia, un acuerdo anticompetitivo prohibido por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , acuerda:

"Primero.- Declarar la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en haber fijado concertadamente los precios del servicio de transporte marítimo de pasajeros y de vehículos en la línea Algeciras-Ceuta-Algeciras, de la que son autoras Compañía Transmediterránea S.A. y Buquebús España S.A. desde el 1 de septiembre de 1997, y desde el 30 de mayo de 1998 ambas compañías y Europa Ferrys S.A.

Segundo.- Ordenar a las citadas empresas el cese inmediato de la conducta declarada prohibida e intimarlas para que se abstengan de realizar dicha concertación de precios en el futuro.

Tercero.- Imponer multa de seiscientos mil euros a cada una de las navieras Compañía Transmediterránea S.A., Buquebús España S.A. y Europa Ferrys S.A.

Cuarto.- No conceder la autorización singular solicitada para el "Sistema de intercambio de billetes y ordenación de horarios en la línea marítima Algeciras-Ceuta".

Quinto.- Ordenar a las citadas compañías la publicación a su costa, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el "Boletín Oficial del Estado" y en dos diarios de información general editados en Ceuta.

En el caso de retraso en la publicación, se les impondrá una multa coercitiva de quinientos euros por cada día de demora.

Sexto.- Instar al Servicio de Defensa de la Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución e informe de ello al Tribunal de Defensa de la Competencia".

El contenido de la resolución que ahora se impugna tal y como se deduce ya de su propia parte dispositiva, presenta una doble vertiente, una, la relativa a la sanción impuesta a la recurrente por la imputación de una práctica supuestamente anticompetitiva, contraria a las normas que regulan el correcto funcionamiento de la competencia y una segunda referente a la denegación de la autorización singular solicitada.

2. Son, por lo tanto, dos las cuestiones que se plantean en el presente recurso, a saber: una primera, la existencia de una actuación anticompetitiva y la procedencia de la sanción impuesta por la Administración; y, en segundo término, la corrección de la resolución impugnada en lo relativo a la denegación de la autorización singular.

La actora articula su demanda también correlativamente a la indicada dualidad.

Así dedica la primera parte de su impugnación al contenido de la resolución recurrida en relación con la imputación de la infracción y de la sanción impuesta alegando al respecto: 1º) Inexistencia de infracción, por cuanto que, a su juicio, no ha quedado acreditada ni la coincidencia de precios ni, especialmente, la simultaneidad en la variación de los mismos. 2º) Falta de motivación de la resolución impugnada. 3º) Desproporción de la sanción impuesta, tanto en comparación con la impuesta a las otras dos navieras imputadas como en comparación con otros precedentes del Tribunal de Defensa de la Competencia. 4º) Finalmente se refiere la demanda a lo que

considera diversos errores de la resolución impugnada, tanto en el uso de los parámetros de que se sirve para imponer la sanción, como en la aplicación de los criterios del artículo 10.2 de la Ley de Defensa de la Competencia .

Y, por otra parte, en la demanda se manifiesta también por la actora su desacuerdo con la denegación de la referida autorización singular.

Por su parte el Abogado del Estado entiende en el presente caso que la práctica concertada para la fijación de los precios del servicio de transporte marítimo de las personas y vehículos de la línea controvertida, entre las empresas sancionadas y en las fechas que se indican en la resolución objeto del presente recurso, se encuentra plenamente acreditada a partir del hecho base -la identidad de precios-, reuniendo particularmente en este caso la prueba de presunciones los requisitos establecidos al efecto, al ser incluso reconocido por las entidades sancionadas y existir un enlace preciso y directo, acorde a las reglas de la lógica, entre dicho hecho y la conclusión o deducción derivada del mismo. Y, por lo que se refiere a la sanción impuesta, sostiene el representante del Administración que la misma lo ha sido de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia , atendiendo a todas las circunstancias concurrentes en el caso, particularmente la gravedad de la conducta y la cifra de ventas de la naviera recurrente. Finalmente, por lo que respecta a la denegación de la autorización singular, sostiene que la resolución denegatoria aparece plenamente justificada, reiterando las argumentaciones contenidas al respecto en la resolución impugnada.

3. El sustrato fáctico de la resolución impugnada viene constituido por la siguiente relación de "Hechos Probados" expresamente admitidos en la demanda sin objeción alguna que pueda desvirtuarlos:

1º) El servicio de transporte marítimo Algeciras-Ceuta-Algeciras ha venido siendo atendido por tres compañías navieras: Transmediterránea, Euroferrys y Buquebús. La línea se distingue por constituir prácticamente el único medio de transporte directo entre Ceuta y la Península, por un lado, y por servir de puente para los miles de ciudadanos magrebíes que trabajan en Europa y van y vuelven de visita a su país de origen, por otro.

2º) Transmediterránea opera en la citada línea desde 1917. En 1979 empezó a prestar servicio otra empresa, Isleña de Navegación S.A. (Isnasa). Propiciado por la dirección General de la Marina Mercante, ambas empresas suscribieron el 26 de febrero de 1991 un acuerdo para prestación conjunta de servicio, acuerdo que fue autorizado por Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de diciembre de 1991. Isnasa dejó de operar la línea el 23 de mayo de 1998 (fol. 132, siempre del expediente del Servicio salvo indicación en contrario).

3º) Euroferrys comenzó su actividad el 30 de mayo de 1998, coincidiendo prácticamente con el inicio de la temporada alta, en la que tiene lugar la denominada "Operación Paso del Estrecho" (OPE), del 15 de junio al 15 de septiembre de cada año compañías que ya operaban en la línea. Desde el principio se materializó un acuerdo de intercambiabilidad de billetes entre Euroferrys y Transmediterránea, aunque sin suscribir documento alguno al respecto, acuerdo que siguió desarrollándose tras la finalización de la temporada alta. En junio de 1998, Transmediterránea contaba con una cuota del 54,02% y Euroferrys con el 22,73% .

4º) Buquebús comenzó a operar en la línea el 1 de septiembre de 1997, con los

mismos precios que tenían establecidos sus competidores en ese momento, Transmediterránea e Isnasa, pero no se adhirió al acuerdo de intercambiabilidad de billetes ya existente. Puesto que, según manifiesta la propia naviera, estar al margen del sistema de intercambiabilidad le suponía una clara desventaja competitiva por la lógica preferencia de los clientes por un billete de cualquiera de sus competidores, decidió adherirse al mencionado acuerdo el 1 de abril de 2000, si bien dicho acuerdo no aparece plasmado en un documento. En ese momento la cuota de mercado de Buquebús era del 30-35% y la de Euroferrys del 39% .

5º) Constan en el expediente tarifas vigentes para diferentes fechas en las que puede observarse que los precios son prácticamente coincidentes entre las tres navieras (salvo algunas excepciones), no superándose las cinco pesetas de diferencia respecto de las de transmediterránea en la gran mayoría de los casos.

Como ejemplo, se han tomado los valores correspondientes a las tarifas aplicadas a partir de 01-02- 00.

6º) La oferta la constituyen las tres empresas ya citadas, que prestan el servicio con buques tipo "ferry" (seis salidas diarias de cada puerto a cargo de Transmediterránea y Euroferrys) y de alta velocidad o "fast ferry" (con 18 salidas diarias de cada puerto, seis por cada naviera). En estos últimos, el precio del pasaje es mayor y cuentan con dos modalidades (clase "turista" y "club", más cara), existiendo todo un abanico de tarifas y descuentos en función de las características de los pasajeros y de los vehículos, partiendo de una diferencia básica: la de ser residente o no en Ceuta. Para los primeros, la Administración establece unas bonificaciones que rebajan el precio en cualquiera de las tarifas. Los buques de alta velocidad transportan más del 90% de los pasajeros y más del 95% de los vehículos.

7º) La demanda, cercana a los 2,5 millones de pasajeros y unos 430.000 vehículos (datos año 2000, folio 128, 131 y 141 del expediente administrativo), se estructura, en términos generales, de la siguiente forma (folio 131):

- 50% de residentes en Ceuta, residentes en ciudades marroquíes aledañas a Ceuta, militares destinados en Ceuta, turismo de compras y viajes de negocios.
- 50% marroquíes residentes en Europa.

Existe una fuerte estacionalidad en la demanda, que se concentra sobre todo en los meses de verano (aparte de las vacaciones de Navidad y Semana Santa), cuando se supera el 37% de los viajeros y se llega al 43% de los vehículos transportados (folios 131, 141).

8º) Es en estos meses de verano cuando tiene lugar la "Operación Paso del Estrecho" (OPE), del 15 de junio al 15 de septiembre, siendo las fechas de máxima afluencia las coincidentes con los principios y últimos días de mes o de quincenas, y los fines de semana. Según manifiesta la Dirección General de la Marina Mercante -que, al parecer, ha propiciado el consenso entre las navieras apelando a la necesidad de satisfacer los intereses generales-, no en todas las OPEs se ha conseguido que el 100% de las navieras accedieran a la intercambiabilidad.

9º) La intercambiabilidad de billetes supone que los usuarios pueden utilizar cualquiera de los buques de cualquiera de las navieras que operan en la línea, con independencia de la compañía en la que hayan adquirido el billete. Ello implica la existencia de un

mecanismo que permite la liquidación de ingresos entre las compañías en función de una serie de criterios para atribuir los mismos a cada una de ellas: pasajes vendidos, viajeros y vehículos transportados, trayectos programados y realizados, servicios a bordo, etc. (folios 275, 277 y 281).

4. Comienza la actora su prolija argumentación impugnatoria por negar la comisión de la infracción que se le imputa que, además, entiende deficientemente concretada en el procedimiento y la resolución impugnada que, a su juicio, se basan en meras presunciones.

Pero la Sala no puede compartir tales afirmaciones ante la evidencia de unos hechos que se declaran probados por aparecer plenamente acreditados en el expediente tanto por la documentación obrante en el mismo como por el reconocimiento expreso de la propia recurrente, amén del de las otras dos navieras denunciadas.

En efecto, las tres empresas imputadas admitieron, igualmente, que practicaron los mismos o casi idénticos precios desde que empezaron a prestar servicio en los términos más arriba reseñados, así como la existencia de un acuerdo de intercambio de billetes que se extiende, por lo que aquí interesa y afecta a la recurrente, desde el 1 de abril de 2000 para las tres navieras expedientadas. Ese reconocimiento por parte de las tres empresas implicadas que establecieron prácticamente los mismos precios desde que empezaron a operar, junto con el dato plenamente constatado de que los precios practicados son prácticamente coincidentes en distintas fechas, siendo las diferencias entre ellos verdaderamente mínimas, cuando no la mayor parte de las veces idénticas, en los distintos servicios ofrecidos (cinco pesetas de diferencia), tal y como se recoge en el cuadro de tarifas obrante en el expediente, es lo que permite llegar a la conclusión alcanzada en la resolución impugnada de que ha existido una concertación entre las navieras imputadas encaminada a sustituir la competencia por el acuerdo entre competidores, y, en consecuencia, la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en haber fijado concertadamente los precios del servicio de transportes marítimos de pasajeros y de vehículos en la línea Algeciras-Ceuta-Algeciras.

En efecto, en cuanto a la conducta imputada, el artículo 1 LDC prohíbe "todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional...", añadiendo en sus diferentes subapartados que se considerarán como tales, "en particular los que consistan en ...a) la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio (y) c) el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento [...]".

Así las cosas no es admisible la censura que la actora dirige al acuerdo impugnado de haber formado su convicción sobre la base de meras presunciones. Muy al contrario la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia se atuvo a los indicios, sólidos, razonados y perfectamente concatenados, según las reglas de la sana lógica de los que inequívocamente, también a juicio de la Sala, se desprende racionalmente que ha existido una concertación entre operadores independientes, de la que se puede concluir la existencia de una práctica tendente a reducir la competencia con la búsqueda deliberada del establecimiento de tarifas iguales, reduciendo la intensidad del juego competitivo entre las partes y facilitando un comportamiento no autónomo al permitir a las empresas regular en cierta medida su actuación comercial teniendo en cuenta la orientación de la del resto.

Por otra parte, las hipótesis alternativas y las interpretaciones distintas e interesadas sobre los hechos que la demandante formula resultan poco pausibles y razonables. Difícilmente se puede aceptar la explicación tanto de un "líder barométrico" como el argumento de la alta transparencia del mercado cuando, por una parte, ninguna de las empresas tiene suficiente poder de mercado para ocupar dicha posición y, de otra parte, tampoco explican que los precios de la hoy actora y de Euroferrys se formen añadiendo o restando en casi todos los servicios cinco pesetas a los de Transmediterránea, máxime como, se reitera, resulta probado y admitido que las empresas realizaron acuerdos expresos, como sucede con el de aceptación mutua de billetes incluso fuera del período de la Operación Paso del Estrecho, aunque de ellos no exista constancia documental. Tampoco resulta aceptable la explicación dada por la actora de que no cabe competencia en precios, sino sólo en calidad de servicio, máxime si se tiene en cuenta que se trata de la nueva operadora que ha de procurar hacerse un hueco en el mercado compitiendo.

Por lo demás, esta Sala ha venido ratificando en numerosas ocasiones el procedimiento frecuentemente utilizado por el Tribunal de Defensa de la Competencia cuando en la materia que le es propia acude a la prueba de presunciones para demostrar la existencia de una infracción, fundamentalmente, cuando de conductas colusorias se trata. Y ello en perfecta sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que igualmente ha sentado ya un sólido criterio sobre las posibilidades y los límites de utilización de la prueba de indicios por el Tribunal de Defensa de la Competencia y, derivadamente, por los órganos jurisdiccionales de instancia que controlan la conformidad a derecho de sus resoluciones sancionadoras.

Así en la STS de 6 de marzo de 2000 el Tribunal Supremo, reiterando doctrina precedente, afirmaba:

"Esta Sala ha sentado ya un sólido criterio sobre las posibilidades y los límites de utilización de la prueba de indicios por el Tribunal de Defensa de la Competencia y, derivadamente, por los órganos jurisdiccionales que controlan la conformidad a derecho de sus resoluciones sancionadoras.

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."

En el caso examinado por la sentencia que parcialmente se acaba de transcribir, al igual que ocurre en el presente, el Tribunal de Defensa de la Competencia basaba su resolución en que el reparto de un determinado mercado resultaba acreditado a partir de una prueba indiciaria que la Sala de instancia consideró suficiente al existir, en definitiva, como en el presente caso acontece, un enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado y la consecuencia que conduce a declarar, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en la propia resolución que ahora se impugna, que no se ha producido vulneración del derecho a la presunción de inocencia, porque el proceso deductivo, según las reglas del criterio humano, realizado en el acto del Tribunal de Defensa de la Competencia, lejos de resultar arbitrario, caprichoso o absurdo, resulta de todo punto razonable, máxime teniendo en cuenta el reconocido paralelismo cuantitativo y temporal de los precios practicados al iniciar el negocio (Folios 116 del Expediente) cuando reconoció paladinamente (antes del Pliego de Cargos) la actora que "eran los mismos que tenía establecidos nuestra competencia".

En definitiva, esta Sala ha de ratificar 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.

5. Si lo anterior ha de llevar a esta Sala a rechazar la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia lo mismo ocurre con la denunciada falta de motivación del acto administrativo impugnado.

La motivación comporta, en efecto, la exigencia de hacer públicas razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto y a través de la cual se pueden conocer las razones que condujeron a la decisión adoptada, en definitiva, que justificaron el acto. Se trata del requisito general de la motivación del acto administrativo, exigencia formal recogida en los artículos 54, 89.3 y 5 y 138.1 de la Ley 30/1992.

Pues bien, frente a lo que en la demanda se alega, la resolución impugnada sí que, a juicio de esta Sala, motiva suficientemente la sanción que impone dando cabal explicación de las razones, tanto fácticas como jurídicas, que han llevado a tomar la decisión adoptada y de las que en todo momento ha tenido conocimiento la parte quien, en definitiva a podido alegar y probar -como efectivamente ha hecho- tanto en sede administrativa como después en vía jurisdiccional cuanto ha entendido conducente a su derecho.

En definitiva dicha motivación resulta suficiente para realizar el control jurisdiccional del acto administrativo, que es precisamente la función esencial que cumple, tal y como viene declarando reiteradamente la jurisprudencia (con independencia de otras que la doctrina ha calificado como de orden interno y de aseguramiento de rigor en la formación de la voluntad de la Administración) esta exigencia legal de motivación de los actos administrativos. Buena prueba de ello es que la parte recurrente realiza un exhaustivo análisis de porqué tal justificación no la considera correcta en los restantes motivos de recurso.

6. Particularmente se alega que la cuantía de la sanción no está motivada y es desproporcionada.

Al respecto recordemos que el artículo 10 de la Ley 16/1989 faculta al

Tribunal de Defensa de la Competencia para imponer a los agentes económicos infractores multas de hasta 150 millones de pesetas, cuya cuantía ha de ponderarse atendiendo la importancia de la infracción, para lo cual, añade el precepto, se tendrán en cuenta los siguientes factores: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia; b) la dimensión del mercado afectado; c) la cuota de mercado de la empresa correspondiente; d) el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; e) la duración de la restricción de la competencia y f) la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

Como ya ha recordado esta Sala en anteriores ocasiones, la aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta o en consideración, razonadamente y con la motivación precisa, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto, o del sector de éste afectado, y en particular los que haya podido establecer la norma jurídica aplicable, cual es, en el caso enjuiciado, el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. En este sentido, en la sentencia del Alto Tribunal de fecha 15 de julio de 2002, señaló que : "[...]Tal como ya ha mantenido el TS en SS de 24 noviembre 1987, 23 octubre 1989 y 14 mayo 1990, tal principio [el de proporcionalidad de las sanciones] no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues como se precisa en SS de este Tribunal de 26 septiembre y 30 octubre 1990, la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, doctrina esta ya fijada en SS de 24 noviembre 1987 y 15 marzo 1988, dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce al ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también por la paralela razón, el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción. [...]".

Pues bien, la resolución impugnada impuso a la hoy actora la multa de 600.000 euros (100.000.000 ptas., aproximadamente) al igual que a las otras dos navieras expedientadas y, frente a lo que en la demanda se alega, en la resolución se da también razón de los criterios que se toman en cuenta para la determinación de la sanción destacando de la resolución los factores que inciden en la determinación cuantitativa de la sanción. Particularmente se destaca la modalidad y alcance de la restricción al decir que la concertación horizontal de precios constituye una de las más graves modalidades de infracción de las normas de defensa de la competencia y, además, el que las tres navieras no tienen competencia directa alguna, puesto que no existe ninguna otra línea marítima regular que una un puerto español del Mediterráneo Sur con Ceuta ni existe otra naviera que cubra la línea Algeciras-Ceuta fuera de los acuerdos considerados prohibidos. Ello pone de relieve que el TDC, dentro de las previsiones legales, ha acotado las circunstancias a tener en cuenta (y que explícitamente ha valorado) para calcular el importe de las multas impuestas.

Además en el presente caso, la multa no se ha impuesto en su grado máximo, 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 que en el presente caso se elevó a 14.005.000.000 ptas (84,18 millones euros).

Desde esta perspectiva, el juicio de proporcionalidad llevado a cabo por la resolución recurrida nos parece adecuado dada la gravedad de la conducta que, en efecto, ha de considerarse de un grado máximo por los efectos que conlleva al suponer realmente la cartelización del negocio para monopolizar el mercado tal y como correctamente resalta la resolución impugnada. Sin olvidar que no siempre es factible cuantificar las sanciones pecuniarias sobre la base única y exclusiva de meros cálculos matemáticos, como pretende la actora, 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 que, por lo tanto, deberá ser confirmada.

7. Respecto de la denegación de la autorización singular solicitada tampoco la Sala puede compartir la tesis propuesta por la recurrente. Por el contrario ha de ratificar también la conclusión a la que llegó el TDC en la resolución impugnada, respecto de la solicitud de autorización singular para un sistema de intercambio de billetes y ordenación de horarios de la línea marítima en cuestión y que, en síntesis, conllevaría la admisión de los pasajeros por las tres navieras con billete de cualquiera de ellas y el establecimiento de una programación de honorarios.

En relación con esta otra cuestión recordemos que en el ámbito de la Unión Europea el artículo 85 del Tratado de Roma dispone "la incompatibilidad y la prohibición de todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir o falsear dentro del Mercado Común".

Si bien, el sistema económico que establece el Tratado se basa en los principios de 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 fin en sí mismo, sino un medio para lograr determinados fines que el Tribunal de Justicia de las Comunidades se ha encargado de poner de relieve en numerosas ocasiones, afirmando que la libre prestación de servicios no puede ser limitada nada 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.

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, entre otras finalidades que también el Tribunal de Luxemburgo ha tenido ocasión de poner de manifiesto.

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. Es aquí donde encuentra su sentido el artículo 3.1 de la Ley 16/1989, en cuanto que prevé una autorización de prácticas anticompetitivas, cuando concurren los requisitos señalados que, como la Sala también ha tenido ocasión de decir, tienden a conseguir esos efectos beneficiosos a los que nos hemos referido.

Dispone el artículo 3.1 LDC : "1. Se podrán autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refiere el artículo 1º, o categorías de los mismos, que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y 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".

A juicio de la Sala la dicción del precepto es clara: se requiere la concurrencia de un presupuesto, a saber, que la práctica limitadora de la libre competencia se justifique bien en una mejora, en la producción o comercialización de bienes y servicios, o en la promoción del 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 así 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 también aparece clara: aunque el principio general es la libre competencia, la misma puede verse limitada cuando ello lleve 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, conllevando, en definitiva, una prohibición absoluta en la limitación de la libre competencia, y por ello se formulan en el precepto como condiciones negativas.

Pues bien, a la luz de lo anterior tampoco la Sala considera acreditados los requisitos del artículo 3.1 LDC para poder conceder la autorización solicitada, por tratarse de un acuerdo restrictivo de la competencia, que no aparece justificado fuera de los meses de la OPE en los que se concentra la mayor afluencia de viajeros (el 37% y se llega al 43% de los vehículos transportados), respecto de los que ya existe autorización de la intercambiabilidad, y de aquellos otros breves períodos vacacionales (Navidad, Semana Santa, Puentes...). si bien para estos últimos, tal y como indicara el SDC no se ha formulado tal solicitud.

Este Tribunal comparte la conclusión alcanzada por el Servicio de la Competencia acerca de que el Sistema no estaría sometido a competencia alguna puesto que no existen otras navieras fuera de él y, además, si hubiera otras fuera del Sistema y decidieran integrarse en él, es razonable pensar que dejarían de competir, ya que el acuerdo de intercambiabilidad de billetes pretendido fuerza inequívocamente a ello. Por ello es correcta la conclusión, alcanzada por el TDC con independencia del amplio margen de discrecionalidad con que cuenta la Administración en este ámbito, de que no se encuentra justificada la extensión de la aceptación de billetes fuera de los meses en que se desarrolla la Operación Paso del Estrecho y otros breves periodos vacacionales si bien ha de reiterarse que para estos períodos excepcionales no se formula solicitud alguna.

En definitiva la Sala ha de entender incurso la solicitud litigiosa en el ámbito prohibitivo del artículo 3 LDC ; sin que, por lo demás, a ello obste la existencia de informes de organismos que no son vinculantes para el órgano encargado de la supervisión y control en el ámbito que le es propio.

8. De todo lo anterior deriva la procedencia de desestimar el recurso con la paralela confirmación de las resoluciones impugnadas por su conformidad a Derecho.

Sin que se aprecien circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad BUQUE BUS ESPAÑA S.A., contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de junio de 2003, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial .

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.