

Roj: SAN 1100/2006
Id Cendoj: 28079230062006100147
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 483/2003
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a siete de abril 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 Económico Administrativo Central de fecha 13 de junio de 2003, relativa a sanción por vulneración de la libre competencia, siendo la cuantía del presente recurso 600.000 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 Económico Administrativo Central de fecha 13 de junio de 2003, 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 veintiocho de marzo 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 13 de junio de 2003, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multas de 600.000 euros a cada una, 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 fijación de precios del servicio de

transporte marítimo de pasajeros y de vehículos en la línea Algeciras-Ceuta-Algeciras.

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 culposa - 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: Como decíamos en nuestra sentencia de 30 de junio de 2005, recurso 477/2003 , en la que resolvíamos un asunto idéntico al aquí planteado:

"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 mimos a cada una de ellas: pasajes vendidos, viajeros y vehículos transportados, trayectos programados y realizados, servicios a bordo, etc. (folios 275, 277 y 281)."

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.

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 la intercambiabilidad de billetes, 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. Por otra parte tampoco se acredita que tal posición de las autoridades portuarias feuese mas allá de los periodos anuales en los que la intercambiabilidad es necesaria y está autorizada.

Tampoco las decisiones del TDC en asunto que la recurrente afirma 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.

CUARTO: En cuanto a la graduación de la sanción, como decíamos en nuestra sentencia antes citada:

"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."

QUINTO: En cuanto a la autorización de la práctica como decíamos en nuestra sentencia de 4 de julio de 2005, dictada en el recurso 429/2002 : "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 mas 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 adecuados los razonamientos del TDC cuando afirma que la intercambiabilidad que podría justificar la autorización, solo se aprecia necesaria en los meses de la Operación Paso del Estrecho en los que se concentra la mayor afluencia de viajeros, respecto de los que ya existe autorización de la intercambiabilidad, y respecto de otros periodos vacacionales sobre los cuales no se ha solicitado la autorización.

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. D^o 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 13 de junio de 2003, 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.