

Id. Cendoj: 28079230062012100107
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 20/02/2012
Nº de Recurso: 595/2010
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Conductas prohibidas.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a veinte de febrero de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 595/2010 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional han promovido **EUROMAROC 2000 S.L. y BUQUEBUS ESPAÑA S.A.U.** representadas por el Procurador Sr. González Sánchez frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 8 de septiembre de 2010, relativa a **conductas prohibidas**, siendo codemandado la CIUDAD AUTONOMA DE CEUTA representada por Letrado de sus servicios jurídicos, con una cuantía de 1.300.000 euros, siendo Ponente la Magistrado **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO -. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 7 de octubre de 2010. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO -. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 21 de abril de 2010 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso anulando el acto administrativo enjuiciado, y subsidiariamente, declarando que la sanción de multa impuesta es desproporcionada.

TERCERO -. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

La representación procesal de la CIUDAD DE CEUTA contestó a la demanda solicitando su desestimación.

CUARTO -. La Sala dictó auto La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental, a instancias de la actora, con el resultado obrante en autos.

Las partes, actora y el Abogado del Estado presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO -. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 14 de febrero de 2.012 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 8 de septiembre de 2010 en el Expediente S/0080/08 navieras líneas cabotaje Ceuta Algeciras con la siguiente parte dispositiva:

"Primero.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de un acuerdo entre empresas prohibido por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , de la que son responsables BUQUEBUS ESPAÑA S.A.U., y EUROMAROC 2000, S.L., junto a su matriz EUROLÍNEAS MARÍTIMAS S.A., que conforman el Grupo BALEARIA; EUROPA FERRY S.A., y COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA, S.A., que conforman el Grupo TRASMEDITERRÁNEA; y FRS IBERIA S.L., y que ha consistido en la fijación de las tarifas de intercambio en la línea de transporte marítimo Algeciras-Ceuta.

Segundo. Intimar a las autoras para que cesen en las conductas sancionadas y se abstengan, en el futuro, de realizarlas de nuevo.

Tercero. Imponer las siguientes multas:

- 2.000.000 € (DOS MILLONES DE EUROS) al Grupo TRASMEDITERRÁNEA,*
- 1.300.000 € (UN MILLON TRESCIENTOS MIL EUROS) al GrupoBALEARIA, y*
- 500.000 € (QUINIENTOS MIL EUROS) a la empresa FRS, por la práctica restrictiva declarada por este Consejo de la CNC en el presente expediente.*

Cuarto. Instar a la Dirección de Investigación de la CNC para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

SEGUNDO -. Se aceptan expresamente y se dan por reproducidos los hechos declarados probados en la resolución impugnada.

En la tramitación del expediente ha sido acreditado que:

- el servicio marítimo afectado en este litigio es el que cubre las conexiones regulares entre Ceuta y Algeciras. Esta línea tiene una regulación específica debido a su situación geográfica y a la ausencia de otras conexiones y enlaces con el resto del territorio español (excepto un servicio de helicóptero con capacidad para 12 pasajeros desde Málaga). Por ello, tiene consideración de línea de navegación de interés público garantizando el Estado su prestación de forma directa e inmediata mediante contrato administrativo, si bien pueden incorporarse las compañías navieras que así lo decidan, siempre que se respeten las condiciones de continuidad, regularidad y frecuencia, establecidas reglamentariamente.

- Para los residentes en Ceuta, la ruta marítima es el único medio real y masivo de desplazamiento. Su demanda de estos servicios es estable.

- El tráfico de emigrantes magrebíes es muy elevado en número y se concentra entre julio y septiembre.

- En el periodo relevante operaban en dicha línea cuatro navieras pertenecientes a dos grupos empresariales distintos: el Grupo Acciona y el Grupo Balearia.

- Acciona ostentaría una cuota del mercado de servicios de cabotaje en la línea marítima Ceuta-Algeciras-Ceuta del 60% a través de sus filiales, Compañía TRASMEDITERRÁNEA S.A. y Europa Ferrys S.A.

- Balearia ostentaría en el periodo y mercado relevantes una cuota entre 30% y 40%, a través de sus filiales, Eurolíneas Marítimas S.A., Euromaroc 2000 S.L. y Buquebus España S.A.

- El 19 de julio de 2008 se incorporó FRS Iberia, S.L. alcanzando una cuota de mercado del 10%. Esta empresa forma parte del grupo alemán Förde Reederei Seetouristik GmbH & Co.

TERCERO .- La normativa de aplicación al sector objeto de la resolución impugnada es la siguiente:

- Ley 27/1992, de 24 de noviembre , de Puertos del Estado y de la Marina Mercante vigente en las fechas relevantes y derogada por Real Decreto legislativo 2/2011 de 5 de septiembre.

En su artículo 7 se regulan las zonas y tipos de navegación, y define como de cabotaje la que no siendo navegación interior se efectúa entre puertos o puntos situados en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, por lo tanto esta línea Algeciras-Ceuta es de cabotaje.

En su artículo 83 se regula el "Establecimiento de obligaciones de servicio público" en los siguientes términos:

"1. La Administración competente podrá establecer obligaciones de servicio público en aquellos servicios regulares de navegación interior y de cabotaje en que así lo estime pertinente, en atención a sus especiales características, con la finalidad de garantizar su prestación bajo condiciones de continuidad y regularidad. Dichas obligaciones podrán, en su caso, dar derecho a compensaciones económicas por parte de la

Administración, en las condiciones que se determinen con carácter general o bien en las correspondientes autorizaciones.

2. Asimismo, la Administración competente podrá establecer obligaciones específicas a las Empresas navieras que realicen servicios regulares o no regulares de navegación interior, de cabotaje, exterior o extranacional por motivos de salvamento, seguridad marítima, lucha contra la contaminación, sanitarios u otras causas graves de utilidad pública o interés social. Esta exigencia dará derecho, en su caso, a las empresas afectadas a la percepción de la correspondiente compensación económica por los costes adicionales en que hubieran incurrido."

- Real Decreto 1516/2007 de 16 de noviembre por el que se determina el régimen jurídico de las líneas regulares de cabotaje marítimo y de las navegaciones de interés público.

Dentro del capítulo de Régimen general, el artículo 8 establece, con carácter de mínimos, las obligaciones de servicio público para muchas líneas, entre ellas, la línea Algeciras-Ceuta, fijando la frecuencia mínima de los servicios en 3 viajes al día. Las frecuencias mínimas de los servicios deberán cumplirse bien de forma individual bien colectivamente por todas las empresas prestatarias, mediante el oportuno compromiso ante la DGMM.

Por otro lado, con el objetivo de garantizar la suficiencia de los servicios de transporte regular para los territorios españoles no peninsulares, en el capítulo II "De los contratos de navegación de interés público", prevé la posibilidad de celebrar dichos contratos "para satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública cuando la imposición de obligaciones de servicio público no asegure una oferta adecuada en cantidad y calidad".

A los efectos de resolver este recurso, y con la relevancia que posteriormente se analizará, son igualmente a tener en cuenta las Resoluciones de la Secretaría General de Transportes (RSGT), pues a raíz de que el TDC autorizara desde el año 2006 el Acuerdo Interlínea Algeciras-Ceuta (A354/05), la Secretaría General de Transportes, impone la obligación de intercambio de billetes en la línea Algeciras-Ceuta y en la línea (Algeciras-Tánger) por causas graves de utilidad pública o interés social durante la OPE y también en otros períodos como Navidad y Semana Santa.

La obligación impuesta por la Administración alcanza al intercambio de billetes de transporte durante un período determinado y otras dos obligaciones accesorias e imprescindibles que consisten en llegar a acuerdos que incorporen una planificación de horarios de entrada y salida y un mecanismo de coordinación y compensación. Estas obligaciones deben circunscribirse, exclusivamente, a los días en que se prevé la mayor afluencia de personas y vehículos. El incumplimiento de las obligaciones impuestas *"conllevará la apertura de procedimiento sancionador por infracción muy grave tipificada en la LPEMM, pudiendo acarrear una sanción máxima de 300.506,05 euros"*.

CUARTO -. Constituyen un antecedente de esta sentencia, y son relevantes para la resolución de este recurso, las siguientes:

- 1 treinta de junio de dos mil cinco . recurso contencioso-administrativo número 477/03. Recurrente **BUQUE BUS ESPAÑA, S.A.**, resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de junio de 2003 (expediente 543/02,

Trasmediterránea/Euroferrys/Buquebús. Sanción por conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia, consistentes en que las empresas expedientadas 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. El TDC consideró que constituye un acuerdo anticompetitivo prohibido por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, y la Sala lo confirma.

En dicha sentencia se analiza la negativa del TDC a conceder una autorización por no estar acreditada la concurrencia de los requisitos del art. 3.1 LDC, *"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"*.

Sentencia del Tribunal Supremo de tres de febrero de dos mil nueve. Confirma la sentencia de la AN

- 25 de enero de 2006 recurso 401/2004 Recurrente **International Maritime Corporation**. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 21 de junio de 2.004, dictada en el expediente sancionador 555/903. La sentencia declara inadmisibile el recurso.

- 3 7 de abril de 2006, recurso 483/2003. Recurrente **Europa Ferrys S.A**. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 13 de junio de 2003 (expediente 543/2002). Sentencia desestimatoria.

Sentencia del Tribunal Supremo de tres de febrero de dos mil nueve. Confirma la sentencia de la AN

- 4 doce de mayo de dos mil seis. recurso contencioso administrativo número 474/2003. Recurrente **Transmediterránea, S.A**, Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 13 de junio de 2003 (expediente 543/2002). Sentencia desestimatoria. En esta sentencia se insiste en la relevancia de la *"coincidencia y muchas veces identidad de precios, entre las tres navieras, en un período que se extiende desde el 1 de septiembre de 1997, fecha en la que incorpora Buquebús a la línea Algeciras-Ceuta, en la que operaba Transmediterranea, y desde 30 de mayo de 1998, fecha de la incorporación de Euroferrys, hasta el inicio de las actuaciones del SDC en abril de 2000, con cantidades tan repetidas, que incluyen igualdad en muchas subvariedades de tarifas (tarifa general, de menor, militares o tropa, familia numerosa, jubilados, carnet joven, grupo turistas >11 pax., 3ª edad/EGB/Univer, precios para vehículos, motos de más y menos 250 cm³, etc), no puede deberse, según las reglas de la lógica, sino a un acuerdo o concertación de tarifas y precios."*

Sentencia del Tribunal Supremo de tres de febrero de dos mil nueve. Confirma la sentencia de la AN.

- 5 29 de diciembre de 2.006, recurso 327/2004 promovido por **EuropaFerrys, S.A**. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 21 de junio de 2.004, dictada en el expediente sancionador 555/903. La sentencia es desestimatoria.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia por otra de tres de febrero de dos mil nueve

- 6 29 de diciembre de 2.006 recurso número 382/2004 interpuesto por **Lignes Maritimes du Detroit**. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 21 de junio de 2.004, dictada en el expediente sancionador 555/903. La sentencia es desestimatoria.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia por otra de doce de mayo de dos mil diez .

- 7 quince de junio de dos mil siete recurso contencioso administrativo 314/2004. Recurrente Compañía Transmediterránea Resolución de 21 de junio de 2004, (expte.555/03), Práctica prohibida por el art. 1 a) de la Ley de Defensa de la Competencia por haber realizado acuerdos consistentes en la adopción por parte de las empresas imputadas de idénticas tarifas para viajeros y vehículos en la línea de transporte marítimo Algeciras-Tánger-Algeciras.

Confirmada por sentencia del Tribunal Supremo 1 de julio de 2010 .

- 8 seis de julio de dos mil siete recurso contencioso administrativo 326/04-, (expte 555/03). Recurrente Compañie Marocaine de Navigation. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2004, sobre sanción por la realización de práctica prohibida, por la realización de acuerdos consistentes en la adopción por parte de las empresas imputadas de idénticas tarifas para viajeros y vehículos en la línea de transporte marítimo Algeciras-Tánger-Algeciras.

Confirmada por sentencia del Tribunal Supremo 1 de julio de 2010 .

QUINTO -. La recurrente alega en primer lugar que se ha infringido el art. 9.3 de la Constitución en relación con el 25.1 CE .

Este motivo de impugnación debe ser examinado conjuntamente con el alegado en segundo lugar, inexistencia de comisión de la infracción al tratarse de hechos exentos por ley, pues encuentra el mismo fundamento al entender que la CNC debió tener en cuenta que la D.A. 27 de la Ley 27/1992 ha sido modificada por la D.F. 2 n. 52 de la Ley 33/2010 de 5 de agosto de modificación de la Ley 48/2003. Y así se establece que:

"La Administración marítima en aplicación del artículo 83 de esta Ley podrá obligar a las empresas navieras que realicen tráficos marítimos, a la intercambiabilidad de billetes y sujeción de horarios establecidos.

El cumplimiento de estas obligaciones por parte de las empresas navieras, incluyendo la fijación de tarifa de intercambio común aplicable a los servicios de transporte que reciprocamente se presten por razón de la intercambiabilidad de billetes, tendrá la consideración de conducta exenta por ley a los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 4 de la ley 1572007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia" .

Entiende la actora que puesto que la ley entró en vigor el día 8 de septiembre, para cuando se adoptó el acuerdo impugnado estaba en vigor, y por lo tanto se está sancionando por una conducta declarada exenta por ley, lo que es contrario al principio de legalidad, el principio de tipicidad, la irretroactividad de las normas sancionadoras y restrictivas de derechos, y en consecuencia contrario a los arts. 9 y 25 de la Constitución .

La Sala entiende que no concurren los vicios de nulidad alegados porque las conductas enjuiciadas tuvieron lugar durante las OPE de los años 2008, y 2009:

- . Semana Santa del 2008
- . Verano 2008
- . Verano 2009

No cabe duda alguna de que la ley que entró en vigor el día 8 de septiembre de 2010 no amparaba las conductas cometidas en las fechas descritas. La actora sostiene que es aplicable por mor de los principios de legalidad, tipicidad e irretroactividad.

El art. 25.1 de la Constitución establece dos garantías: **a)** la primera, de orden material y alcance absoluto, por lo que se refiere al ámbito penal y a las sanciones administrativas, reflejando el principio de seguridad jurídica en los ámbitos limitativos de la libertad individual y exigiendo la predeterminación normativa de conductas ilícitas y sanciones correspondientes. **b)** la segunda garantía que se establece en el art. 25 1 tiene carácter formal y se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de las conductas, porque el término "legislación vigente" contenido en el art. 25.1 es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora. La cuestión ha sido examinada en reiteradas sentencias del T.C. (desde la 8/I.981 hasta la 61/I.990) que han establecido que el principio de legalidad sancionadora constituye un verdadero derecho subjetivo de carácter fundamental, que en sentido **material** supone una concreción del principio de seguridad jurídica y en sentido **formal** exige el rango formal de ley, como señaló la sentencia citada del T.C. 61/90 .

El principio de tipicidad, que se dice vulnerado, impide a los órganos administrativos y judiciales la imposición de sanciones fuera de los supuestos y de los límites que determinen las normas. El artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que están prohibidos los acuerdos sobre precios: en este caso se declara contraria a la LDC un acuerdo entre empresas competidoras para fijar las tarifas de intercambio de sus productos, los billetes de barco, y además un acuerdo para aplicar el mismo porcentaje de gastos de comercialización, y además, la comunicación de sus respectivos precios de venta al público.

Las conductas sancionadas, en principio, no son negadas, y son típicas, luego no se han infringido ni el principio de tipicidad, ni el principio de legalidad.

En cuanto a la retroactividad de lo que según la actora es una norma sancionadora más favorable, entre las garantías que con arreglo a la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo deben considerarse aplicables a la potestad sancionadora de las Administraciones públicas figura esta de la garantía de la retroactividad de las leyes sancionadoras más favorables . Este principio constituye una garantía implícitamente consagrada en el art. 9.3 CE , el cual limita la prohibición de la retroactividad de las normas sancionadoras a las "*no favorables*" y, con ello, admite que la seguridad jurídica, en relación con el principio de legalidad penal y en materia sancionadora (art. 25 de la Constitución), suponga la retroactividad de la norma sancionadora más favorable al infractor.

Por ello (sin perjuicio de las concretas previsiones sectoriales) la LRJ y PAC que, al decir de la Exposición de Motivos (punto 17), recoge los principios básicos a que debe

someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la consolidada jurisprudencia sobre la materia, reconoce el principio de aplicación retroactiva de la norma más favorable estableciendo en el art. 128.2 que *"las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor"* (STS 12 de marzo de 2003).

Algunas dudas se suscitaron en relación con la aplicación retroactiva de algunas normas (por ejemplo en materia de contrabando) cuando se planteó si la retroactividad de la norma más favorable tiene lugar y hace aplicable cualquier modificación normativa más favorable que se produzca durante la sustanciación de los recursos, en vía administrativa o jurisdiccional, pero no la que tiene lugar después de adquirir la condición de sancionado por resolución administrativa firme, esto es, cuando se deja de ser *"presunto infractor"* .

Pero no es esta la interpretación que ha prevalecido en la jurisprudencia mayoritaria que extiende la retroacción, en aplicación del principio tradicional de la retroactividad *"in bonam partem"* o *"in mitius"*, incluso a conductas ya definitivamente sancionadas, mientras no esté ejecutada la sanción, cuando aquéllas han perdido con posterioridad su significado de típicamente antijurídicas como consecuencia de una modificación legislativa sobrevenida (STS de 9 de mayo de 2002); y éste parece ser, también, el criterio temporal que subyace en el art. 73 de la LJCA que, cuando se refiere a la retroacción de los efectos de las sentencias que anulan una disposición general, cuando supone la exclusión o la reducción de sanciones, pone como límite la completa ejecución de éstas.

Cuando se opera un cambio normativo por virtud del cual desaparecen los tipos de infracción por los que se sancionó a un individuo, el Tribunal Supremo viene sosteniendo la aplicabilidad al Derecho Administrativo sancionador, aunque con ciertos matices, de los principios y garantías propios del Derecho Penal sobre retroactividad favorable establecida, *"sensu contrario"* , en el art. 9.3 de la Constitución . La aplicación de las normas en el tiempo refiriéndola a un momento anterior a su publicación es posible y conforme a Derecho siempre que suponga efectos favorables a los particulares (STS. de 5 de diciembre de 1997).

En este caso, no ha desaparecido el tipo infractor, sino que se ha declarado exenta una determinada conducta, y en concreto, que si bien los acuerdos sobre precios son contrarios a la ley de Defensa de la Competencia, la Administración podrá imponer una actuación de intercambio de billetes y acuerdos sobre horarios, con sujeción a la concurrencia de las circunstancias previstas en el art. 83 de la ley.

En el supuesto enjuiciado, esta Sala tiene por tanto que analizar si la D.F. 2 n. 52 de la ley 33/2010 de 5 de agosto de modificación de la Ley 48/2003 declara una exención absoluta e incondicionada de las conductas sancionadas. De ser así, podría sostenerse tanto la retroactividad de la norma más favorable como la exención de las conductas descritas.

En primer lugar, es preciso examinar, visto el tenor literal de la disposición que según la actora ampara su conducta, que conducta exactamente le había impuesto entonces la Administración: el punto de partida es recordar que la ley dice que la Administración marítima *"podrá obligar"*, y que por lo tanto, no se establece, como resulta de los escritos de la actora, una obligación formal e incondicionada a la Administración de obligar, ni, en consecuencia se exime de forma igualmente genérica e incondicionada

la conducta anticompetitiva.

De los propios escritos de la actora resulta que lo que las resoluciones de la Secretaría General de Transportes impusieron fué el intercambio de billetes, pero ni siquiera la actora concluye o alega que se les impusiera el intercambio de tarifas o precios.

Resulta del expediente que las empresas deben proporcionar una tarjeta de embarque única, pero en ningún documento obrante en el expediente aparece que se les impusiera el pacto o la adopción de precios acordados. Del conjunto de la actividad administrativa e incluso jurisdiccional, resultaba, por el contrario, que se imponían cautelas en cuanto a la formalización de esa tarjeta de embarque única precisamente para evitar la desaparición de la libre competencia en aquel mercado, y los efectos que se produjeron, descritos en la resolución impugnada y no impugnados por la actora fueron la elevación de precios, la uniformización de las condiciones de servicio.

Entiende esta Sala que la única restricción a la competencia que se autorizó fué el intercambio de billetes, y por lo tanto, por la aplicación retroactiva de un precepto que declara exento de la LDC el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración no se ha destipificado la conducta enjuiciada. Debe recordarse que la norma cuando dice que *"La Administración marítima en aplicación del artículo 83 de esta Ley podrá obligar a las empresas navieras que realicen tráficos marítimos, a la intercambiabilidad de billetes y sujeción de horarios establecidos."* añade que estarán exentas cuando cumplan estas obligaciones que la Administración podrá imponer, y autoriza a la Administración a imponer incluso *"la fijación de tarifa de intercambio común aplicable a los servicios de transporte que recíprocamente se presten por razón de la intercambiabilidad de billetes"*.

No puede interpretarse la norma como una declaración de exención en cualquier caso de tal actuación contraria a la LDC sino de exención cuando lo imponga la Administración en aplicación del art. 83 de la ley.

La recurrente alega que a raíz de la contestación de las autoridades marítimas a los oficios remitidos por esta Sala en relación con la Operación Paso del Estrecho, se vió compelida a actuar como lo hizo. Esta Sala, del examen de la prueba practicada entiende que no resulta la exención que se propugna, pues en momento alguno se ha impuesto por la Administración marítima que las competidoras se pusieran de acuerdo sobre los precios. Es indudable la existencia de actuaciones administrativas encaminadas a facilitar en lo posible las OPES, y específicamente, a imponer la intercambiabilidad de los billetes a tales efectos. Pero ni se impone un precio único, ni se impone que a fin de eliminar la competencia se pongan de acuerdo los competidores para unificar las tarifas.

El Tribunal Supremo en sus sentencias relativas a anteriores actuaciones de las empresas que desempeñan las líneas de paso del Estrecho, ha insistido en que el alineamiento de los precios no es la consecuencia inevitable de la intercambiabilidad de los billetes.

Así en la sentencia de 3 de febrero de 2009 señala que *"En cuanto a las consecuencias anticompetitivas de los acuerdos o autorizaciones de intercambiabilidad de billetes, debe recordarse que tales acuerdos son compatibles con diferencias de precios en función de las estrategias comerciales de las empresas afectadas y de las características de los servicios prestados (mayor o menor calidad o variedad de los mismos), lo que conlleva, en su caso, las correspondientes liquidaciones de las*

diferencias entre las empresas, tal como recuerda el Tribunal de Defensa de la Competencia en el punto 10 de los hechos probados de su resolución. De esta manera, es perfectamente compatible la admisión o la autorización de acuerdos de intercambiabilidad de billetes y de coordinación de horarios con la existencia de diversidad de tarifas en función de las compañías y embarcaciones."

Igualmente ha recordado que "Sin duda la competencia entre diversos operadores queda atenuada en los supuestos de intercambiabilidad de billetes, puesto que las diferencias para el usuario a la hora de seleccionar la compañía resultan menores que si cada naviera comercializa su oferta con total independencia, pero ello no quita a que siga habiendo factores diferenciales como lo puede ser el propio precio y la calidad y variedad de servicios proporcionados en la travesía, factores que permiten sustentar la persistencia de competencia entre las operadoras."

SEXTO -. La actora alega a continuación la existencia de error de derecho por falta de vigencia del acuerdo interlineado.

Este motivo de recurso no puede prosperar: las menciones al acuerdo en cuestión sirven de referencia para valorar las conductas objeto de enjuiciamiento, no constituyen en contra de lo alegado por la actora *"unapremisa y una valoración al inicio que desfigura el relato fáctico y condiciona la valoración jurídica final"*. Esta Sala considera que a fin de dar respuesta fundada a las propias alegaciones de la recurrente, se han de considerar los antecedentes de hecho de esta situación y así se ha valorado por la CNC que no existían dudas sobre la situación en la que a juicio de la actora se sustenta la concurrencia de confianza legítima, y a juicio de la Administración se pone de manifiesto que la actora conocía su conducta.

Se alega a continuación, y como cuarto motivo de recurso, la infracción del principio de confianza legítima.

Según la actora por las reuniones habidas el día 6 de julio de 2010 con la Dirección General de la Marina Mercante, quedaría justificada su actuación en los periodos relevantes, que son Semana Santa del 2008, Verano 2008 y Verano 2009.

La cuestión fué tratada por el Tribunal Supremo en las sentencias citadas en el fundamento jurídico cuarto, entre ellas la de 3 de febrero de 2009 en los siguientes términos:

"Sostiene la sociedad recurrente que se ha conculcado el principio de confianza legítima, dado que en todo momento la Administración ha mostrado el máximo interés en la existencia de un mecanismo de intercambiabilidad de billetes. Esta actitud de la Administración habría llevado a la sociedad naviera al convencimiento de que un sistema semejante "gozaba de la protección legal y jurídica de una iniciativa de la Administración".

El motivo debe ser desestimado. Al igual que el motivo segundo, este motivo se asienta en la interesada confusión o identificación que realiza la parte entre intercambiabilidad de billetes y coincidencia de precios. Ni ambos hechos son equiparables ni la coincidencia o evolución paralela de los precios es una consecuencia ineluctable de la intercambiabilidad de billetes. De esta manera, el que la Administración haya buscado el acuerdo de las navieras sobre intercambiabilidad de billetes en el período anterior a la sanción por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia, o que con posterioridad a la misma el regulador de la competencia haya

autorizado dicha intercambiabilidad asumiendo posibles consecuencias restrictivas para la competencia o que, finalmente, se hayan dictado resoluciones administrativas imponiendo dicha intercambiabilidad durante los períodos de operación paso del estrecho, no invalidan la ilegitimidad de una concertación de precios entre las navieras, que es lo exclusivamente sancionado en el caso de autos. En consecuencia, no puede esgrimirse la citada conducta de la Administración favorable a la intercambiabilidad de billetes como justificante de una ilegítima concertación de precios."

Esta propia Sala y Sección en sus sentencias examinando recursos relativos a las líneas de paso del estrecho había señalado que:

" El principio de confianza legítima fue recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1990 (RJ 1990258), y ha sido aplicado posteriormente por el mismo Alto Tribunal en el ámbito del derecho de la competencia, así en STS de 28 de julio de 1997 (RJ 1997890) y 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000047). De acuerdo con esta última sentencia, el principio de confianza legítima debe aplicarse "...cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le ...(al particular beneficiado)... induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de actuación administrativa." En la sentencia que comentamos, el signo externo suficientemente concluyente consistió en la admonición de la Administración, precisamente del Ministerio de Educación y Ciencia, a los editores de libros y material de enseñanza, de la necesidad de que las subidas de precios de los libros de texto fueran limitadas. Es decir, existió una recomendación expresa, probada en el procedimiento, de la Administración a una Asociación de empresarios para que limitaran unos aumentos de precios.

En este caso debemos diferenciar dos períodos, de un lado, el período de la denominada "operación paso del Estrecho", que abarca entre el 15 de junio al 15 de septiembre de cada año, y de otro lado, el resto del año. La distinción es trascendente, porque la Resolución del TDC sanciona a la empresa naviera demandante y a sus competidoras por mantener la intercambiabilidad no durante la operación "paso del Estrecho", sino precisamente durante el resto del año.

Los signos externos de la Administración suficientemente concluyentes, que invoca la sociedad recurrente y que amparan la confianza en la legitimidad del acuerdo anticompetitivo de intercambio de billetes, cualquiera que sea la empresa naviera que lo hubiera emitido, se refieren inequívocamente a la operación "paso del Estrecho", pero no al resto del año. Así resulta del escrito del Ministerio de Fomento obrante en las actuaciones (folios 117 y 118), que indica que los acuerdos de intercambiabilidad los establecen las propias compañías y que las Administraciones española y marroquí solicitan la adopción de dicha medida, que constituye una característica de la operación "paso del Estrecho" que comprende desde el 15 de junio al 15 de septiembre. Pero no existe en el expediente dato alguno que permita extender esos signos externos de la Administración a la intercambiabilidad de billetes durante la operación de paso del Estrecho al resto del año, antes al contrario, la intercambiabilidad se basa en las especiales circunstancias de afluencia de viajeros que concurren en esas fechas estivales, durante las cuales las Autoridades españolas y marroquíes adoptan distintas medidas de seguridad y de otro tipo, que tienden a facilitar y hacer más fluido el paso de la avalancha de pasajeros y vehículos que cruzan el Estrecho en esas fechas, pero dicha operación tiene una duración conocida por las navieras, que es la indicada entre el 15/06 a 15/09 de cada año. En el resto del año no concurren esas circunstancias excepcionales de afluencia de viajeros y vehículos, ni existe indicación alguna por parte de la Administración para la adopción de medidas especiales, por lo que no hay razón

alguna que justifique el mantenimiento por las navieras de la intercambiabilidad, que es un acuerdo anticompetitivo prohibido por el artículo 1 LDC ." (fundamento jurídico 7)"

En este caso, entiende esta Sala que no concurre la alegada confianza legítima, pues no resulta de la actuación administrativa la requerida plena convicción de que se está actuando conforme a criterios considerados legales por la Administración. En efecto, la circunstancia de que se establezca la intercambiabilidad de los billetes no genera confianza legítima en que se pueda pactar un precio único. La actora ya tenía conocimiento de las conclusiones en relación con esta cuestión no solo de la Administración de Defensa de la Competencia, sino del propio Tribunal Supremo, siempre en el marco de unas concretas circunstancias de hecho, diferenciando las OPEs del resto del año, y desde luego diferenciando la intercambiabilidad de billetes del resto de las condiciones de servicio

SEPTIMO. - De la propia formulación de la cuestión que hicieron las autoridades de Defensa de la Competencia, y que recogen las sentencias citadas y parcialmente reproducidas de esta Sala y del Tribunal Supremo, resulta que se incide en que una cosa es la intercambiabilidad de billetes durante los períodos vacacionales o de operación paso del estrecho, que se considera aceptable, y otra su previsión para todo el año, pues entonces la limitación de la competencia ocasionada por dichos acuerdos en la línea marítima afectada resultaría excesiva en comparación con sus efectos positivos. Si bien no se aprecia que en ningún momento la Administración permitiera, alentara o justificara en modo alguno la justificación de que junto con la intercambiabilidad de billetes en las OPEs procediera la unificación de tarifas, si se aprecia una actividad intensa de las autoridades de Marina, y de las propias autoridades de Seguridad.

De la certificación remitida en periodo probatorio por el Ministerio de Fomento resulta que el 10 de junio de 2008 se impuso la obligación de intercambio de billetes indicando la procedencia de que a la intercambiabilidad de billetes y tarjetas de embarque se acompañe la planificación entre otras cosas de un *"mecanismo de coordinación y compensación que, basado en el régimen tarifario de los servicios de transporte prestados por las diferentes empresas, establezca garantías mutuas de cobro de los mismos y asegure la estabilidad y permanencia del sistema de intercambio establecido a lo largo del desarrollo de la OPE"*.

En conclusión, esta Sala considera que la conducta de la recurrente es contraria a derecho, que no está destipificada por la entrada en vigor del nuevo texto del art. 83 de la ley 27/1992, que no está exenta por ley pero que la responsabilidad de la actora está atenuada por las circunstancias concurrentes de la actividad administrativa de ordenación de la actividad empresarial objeto de la conducta enjuiciada durante las OPEs.

Esta actividad administrativa debe tenerse en cuenta en la valoración de la sanción que corresponde imponer a la actora para atenuar su responsabilidad y en consecuencia disminuir el importe de la sanción. La Resolución impugnada, y el Abogado del Estado sostienen que concurren circunstancias agravantes, por los expedientes previos incoados: como se ha analizado en los fundamentos anteriores, las empresas recurrentes fueron condenadas no solo por pactar los precios, también lo fueron por pactar la intercambiabilidad de los billetes. Y esta conducta como igualmente resulta de las actuaciones, les ha sido impuesta por la Administración con posterioridad, indicando el Ministerio su justificación durante las OPEs.

En la determinación del importe de la sanción, debe efectuarse una ponderación razonable de todos los elementos concurrentes, a fin de graduar dicho importe para adecuarlo en lo posible a las circunstancias concurrentes. Si bien como se ha analizado más arriba esta Sala entiende que no ha quedado excluido el elemento subjetivo de la infracción por la alegada confianza legítima, la actuación de la Administración sectorial debe ser tenida en cuenta para atenuar la responsabilidad de la actora y disminuir el importe de la multa.

Esta se fijó por la CNC en 1.300.000 euros, con base en concretas circunstancias, descritas en la resolución impugnada, cuantía que debe moderarse con fundamento en las consideraciones expuestas. Y la reducción que esta Sala considera razonable una vez valorada la influencia que la actuación de la Administración de Marina Mercante pudo tener en la toma de decisiones de la actora es equivalente a un tercio de la cantidad que la CNC impuso como importe de la multa.

De cuanto queda expuesto resulta la estimación parcial del recurso, entendiendo esta Sala que es proporcionado a las circunstancias concurrentes en los hechos enjuiciados un importe de la sanción de 430.000 euros.

OCTAVO. - No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139. Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional , justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

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

FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR EN PARTE Y ESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **EUROMAROC 2000 S.L. y BUQUEBUS ESPAÑA S.A.U.** contra el Acuerdo dictado el día 8 de septiembre de 2010 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos, excepto en el extremo relativo a la cuantía de la multa impuesta que fijamos en la suma de 430.000 euros. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial .

Así , por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Iltma. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.