

RESOLUCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA (Expte. S/0244/10, NAVIERAS BALEARES)

Consejo

Sres:

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
Dña. M^a Jesús González López, Consejera
Dña. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D Luis Díez Martín, Consejero.

En Madrid, a 21 de noviembre de 2012.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente S/0244/10 NAVIERAS BALEARES, incoado por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 19 de abril de 2010, tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) escrito del Consell Insular de Ibiza por el que se formulaba denuncia contra TRASMEDITERRÁNEA y BALEARIA por supuestas conductas prohibidas en la LDC, consistentes en la adopción de acuerdos cuyo objeto sería el reparto de mercado y la fijación de precios y/o de condiciones comerciales así como en la imposición de precios y condiciones comerciales no equitativos en el mercado de transporte marítimo regular de pasajeros y mercancías entre la Península y Baleares. Previamente, el 22 de octubre de 2009, se había recibido en la CNC denuncia del Consell Insular de Formentera sobre la posible existencia de prácticas prohibidas en el transporte marítimo en la isla de Formentera entre las empresas consistente en el abuso de la posición de dominio de las navieras que operan en la línea Ibiza-Formentera siendo asignado el número de referencia DP/042/09. Dada la existencia de una conexión directa entre ambos hechos, el 23 de junio de 2010 la Dirección de Investigación procedió a la acumulación de ambas actuaciones bajo el número de referencia S/0244/10, lo que se notificó al Consell Insular de Formentera a los efectos oportunos (folios 770-835). El 21 de julio de 2010 se recibió una ampliación de la anterior denuncia solicitando la investigación contra TRANSMAPI-BALEARIA, SERCOMISA y MEDITERRÁNEA-PITIUSA.
2. El día 11 de mayo de 2010 la Dirección de Investigación (DI) realizó inspecciones en varias sedes de TRASMEDITERRÁNEA (Madrid y Palma de Mallorca) y de BALEARIA

(Denia, Valencia, Barcelona y Palma de Mallorca), en el marco del proceso de información reservada número S/0244/10, abierto en base al artículo 49.2 de la LDC.

3. El 15 de mayo de 2011, de acuerdo con lo establecido en el artículo 65.1 de la LDC, el presidente de BALEARIA presentó una solicitud de exención del pago de la multa o, subsidiariamente, de reducción del importe de la multa, en beneficio de la citada empresa, en relación con la participación de la misma en determinadas conductas anticompetitivas de carácter horizontal en el transporte marítimo regular de pasaje y carga en la zona de Península-Islas Baleares a partir de abril de 2004. Dichas conductas, consistían en (i) acuerdos sobre incrementos de precios, (ii) pactos de no agresión de los clientes, (iii) acuerdos de reparto de cuotas de mercado y de tráfico, (iv) acuerdos de intercambios de slots, e (v) intercambio de información comercial sensible (folios 286-312; 377-381). Los días 4 y 7 de junio de 2010, tuvieron entrada en la CNC escritos del representante legal de BALEARIA aportando documentos de prueba que acompañan a la solicitud de exención y/o reducción del pago de la multa (folios 392-592).
4. El 7 de julio de 2010, la Dirección de Investigación acordó la incoación de expediente sancionador contra BALEARIA, TRASMEDITERRÁNEA e ISCOMAR por considerar que existen indicios racionales de infracción del artículo 1 de la LDC en el transporte marítimo regular de pasajeros y mercancías en las líneas Península-Baleares e interinsulares. El 3 de marzo de 2011, la Dirección de Investigación acordó la ampliación de la incoación contra SERCOMISA por considerar que existen indicios racionales de la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC consistente en un reparto del mercado y una limitación o control de la producción a través de su participación en la comunidad de bienes TRASMAPI-BALEARIA, CB junto con BALEARIA.
5. El 22 de junio de 2011, conforme al artículo 50.4 de la LDC la DI notifica la Propuesta de Resolución a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por conveniente. La DI propone sancionar a *BALEARIA EUROLÍNEAS MARÍTIMAS, S.A., COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA, S.A., ISLEÑA MARÍTIMA DE CONTENEDORES, S.A., SERVICIOS Y CONCESIONES MARÍTIMAS IBICENCAS, S.A. y MEDITERRÁNEA PITIUSA, S.L., por la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007 consistentes en la fijación de precios y de otras condiciones comerciales o de servicio, de limitación o control de la producción y de reparto de mercado en las líneas de transporte marítimo de mercancías y pasajeros que unen la Península con las Islas Baleares y las Islas Baleares entre sí. Con respecto a la aplicación del Programa de Clemencia, la DI propone:*
6. Por una infracción *“del artículo 1 de la Ley 11/1963 y de la Ley 16/1989, como por el vigente artículo 1 de la LDC, por los acuerdos e intercambios de información comercial sensible realizados desde el 8 de febrero de 1989 hasta el 28 de febrero de 2008”, calificándola de muy grave. Propone asimismo, en aplicación del programa de clemencia:*
“...Que se reduzca el importe de la sanción correspondiente a BALEARIA EUROLÍNEAS MARÍTIMAS, SA, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 de la LDC y el artículo 50.6 del RDC”

7. El último trámite previo a dictar resolución fue el acuerdo del Consejo de fecha 17 de enero de 2011, por el que, tras la valoración de la prueba y actuaciones complementarias practicadas, acordaba el levantamiento de la suspensión del plazo máximo para resolver.
8. El 23 de febrero de 2011, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó Resolución en el Expediente S/0244/10 NAVIERAS BALEARES, con la siguiente parte dispositiva:

“Primero.- Declarar que BALEARIA EUROLÍNEAS MARÍTIMAS, S.A., COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA, S.A., e ISLEÑA MARÍTIMA DE CONTENEDORES, S.A., han infringido el artículo 1 de la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, al incurrir entre 2001 y 2010 en una conducta contraria al artículo 1 delimitada en el Fundamento de Derecho Tercero de esta resolución y tipificada como muy grave.

Segundo.- Declarar que BALEARIA EUROLÍNEAS MARÍTIMAS, S.A., SERVICIOS Y CONCESIONES MARÍTIMAS IBICENCAS, S.A. y MEDITERRÁNEA PITIUSA, S.L., han infringido el artículo 1 de la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, al incurrir entre 1995 y 2011 en una conducta contraria al artículo 1 delimitada en el Fundamento de Derecho Tercero de esta resolución y tipificada como muy grave.

Tercero.- Imponer las siguientes sanciones por las conductas declaradas contrarias a la ley 15/2007:

- 36.110.800 € a COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA, S.A.
- 15.214.402 € a BALEARIA EUROLÍNEAS MARÍTIMAS, S.A.
- 495.826 € a ISLEÑA MARÍTIMA DE CONTENEDORES, S.A.
- 731.081 € a BALEARIA EUROLÍNEAS MARÍTIMAS, S.A.
- 1.155.205 € a SERVICIOS Y CONCESIONES MARÍTIMAS IBICENCAS, S.A.
- 402.453 € a MEDITERRÁNEA PITIUSA, S.L.

Cuarto.- Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Defensa para que vigile el cumplimiento de esta Resolución...”

9. Contra dicha Resolución, BALEARIA EUROLÍNEAS MARÍTIMAS S.A. (en adelante, BALEAIA) interpuso recurso contencioso-administrativo nº 0001/2012, ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que se sustanció por el cauce del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona.
10. El 8 de noviembre de 2012, se dictó Sentencia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por la que se estima el recurso contencioso-administrativo planteado por BALEARIA, cuyo fallo resuelve:

“ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **BALEARIA EUROLÍNEAS MARÍTIMAS S.A.**, y en su nombre y representación el Procurador [...]

contra la Resolución dictada por el Consejo del Tribunal de Defensa de la Competencia [Comisión Nacional de la Competencia], de fecha 23 de febrero de 2011, con la consiguiente nulidad de la resolución impugnada por no ser ajustada a Derecho en cuanto que la misma conculca el derecho constitucional a la defensa de la recurrente en los términos declarados”.

11. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló la Resolución en su sesión del 20 de noviembre de 2012.
12. Es interesado BALEARIA.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 103 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *“Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignent”.*

SEGUNDO.- La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional a que hace referencia el Antecedente de Hecho Décimo de la presente Resolución, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por BALEARIA y declara la nulidad de la resolución recurrida por considerar que la denegación de la reducción del importe de la sanción impuesta a exigía haber concedido a BALEARIA trámite de audiencia para que procediese a valorar y en su caso a refutar tal apreciación. En concreto, señala lo siguiente:

“(…)

*Por ello, una vez que el órgano instructor calificó los hechos como constitutivos de una infracción atenuada por la concurrencia de circunstancias modificativas, el órgano decisor no puede, sin más, prescindir de dicha calificación sin la previa audiencia de la interesada, en este caso de la recurrente. En efecto, **si el Consejo de la CNC, contrariamente al criterio expresamente manifestado en su propuesta por la Dirección de Investigación, entendía que las pruebas aportadas por la hoy recurrente no eran susceptibles de ser tomadas en consideración a los efectos del artículo 66.1 LDC (“en el sentido de aportar un valor añadido significativo”) y que la información suministrada no encajaba en el concepto legal de “hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa” a que se refiere el artículo 66.3 LDC, debería haber oído al respecto a la parte afectada**”.*

TERCERO.- El Consejo considera que el correcto cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de referencia exige acordar la retroacción de las actuaciones del Expte. S-0244/10 NAVIERAS BALEARES, al momento anterior a la infracción apreciada por la sentencia de 08 de noviembre de 2011, concediendo el trámite de audiencia a BALEARIA que conforme a la Sala sentenciadora se ha omitido durante la tramitación de dicho expediente, con la extensión a que se hace referencia en la propia sentencia. Esta apreciación se basa en las siguientes consideraciones:

- (i) En primer lugar, que la infracción apreciada es de carácter procedimental que no sustantivo. Es decir, el carácter estimatorio del fallo se funda, no en la incorrecta valoración que por parte del Consejo se haya podido efectuar de la conducta

enjuiciada, sino en la omisión de un determinado trámite que, a juicio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, incide en el derecho de defensa de BALEARIA.

(ii) En segundo término, que el defecto procedimental afecta única y exclusivamente a una parte de la decisión sancionadora de la CNC, la reducción del importe de la sanción a BALEARIA.

(iii) En tercer lugar, y como consecuencia de los anteriores, que procede la aplicación del principio de conservación de actos administrativos consagrado por el artículo 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conforme al cual, la nulidad de un acto no debe conllevar la de aquellos *“actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción”*.

Desde esta perspectiva, la nulidad debe limitarse a la resolución y no afectar a todos los actos del procedimiento anteriores a la resolución anulada, cuyo contenido sería el mismo aunque antes de dictarse resolución se hubiera dado trámite de audiencia.

(iv) Por último, que esta interpretación es acorde con la pretensión de la recurrente, que, como señala la sentencia que la estima, no sería otra que el *“restablecimiento del derecho de defensa vulnerado por la omisión del trámite de audiencia”*. Si se concediese ese trámite y se permitiese al interesado formular cuantas alegaciones estimase oportunas y proponer la prueba que estimase pertinente acerca de la posible retirada de la reducción del importe de la multa, la extensión del periodo a sancionar y sus consecuencias jurídicas, es evidente que su derecho de defensa se vería debidamente garantizado.

CUARTO.- Delimitados los términos en que debe ejecutarse la sentencia, procede, en último lugar, concretar el ámbito al que debe extenderse el trámite de audiencia y que, conforme señala la sentencia, debe garantizar el adecuado ejercicio por parte de BALEARIA de su derecho de defensa.

Para ello debe precisarse que, no obstante la apreciación de la sala en su sentencia, la fundamentación del Consejo en la resolución recurrida para no considerar procedente la reducción de la sanción a BALEARIA no se basa, como entiende la sala, en una *“diferente apreciación “de aportar un valor añadido” (art.66.1.a) y que la información aportada “no encaja en el concepto legal de “hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa””, sino en el incumplimiento del art.66.1.b, que se remite al 65.2, cuya apartado a) establece como requisito “Cooperar plena, continua y diligentemente con la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos en que se establezcan reglamentariamente, a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación”, y en que ambos requisitos, a y b, del artículo 66.1 son acumulativos.*

En efecto, los argumentos empleados por la Resolución anulada para denegar la reducción del importe de la multa son los siguientes (subrayado añadido):

“El programa de clemencia introducido por el legislador en la Ley 15/2007 es un instrumento más para contribuir al logro de los principios de la defensa de la competencia. La exposición de motivos de la norma enumera como uno de estos principios la eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la

competencia, y esta lucha será eficaz en la medida que bien se ponga fin a las conductas anticompetitivas que se están desarrollando en el mercado, o bien se evite que dichas conductas se pongan en marcha. Por ello, el legislador, a la hora de regular las condiciones en que debe ser aplicado el programa de clemencia, no solo pone en valor el que un infractor revele a las autoridades de competencia la existencia de una conducta anticompetitiva, sino que aporte de forma diligente los medios adecuados para que la autoridad de competencia pueda poner fin a la misma, y que el propio infractor cese de inmediato en dicha conducta. Es por tanto importante, para lograr dicha eficacia, no solo la información que se facilita, sino cómo se facilita y el comportamiento que el clemente mantiene desde entonces y a lo largo de toda la tramitación del procedimiento. De ahí los criterios acumulativos que debe cumplir todo infractor que desea realmente obtener los beneficios que el programa de clemencia otorga, y que se regulan en los artículos 65 y 66 LDC. El artículo 66 LDC que regula la Reducción del importe de la multa, establece en su apartado 1 que la Comisión Nacional de la Competencia podrá reducir el importe de la multa correspondiente a aquellas empresas o personas físicas que a) faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la Comisión Nacional de la Competencia, y b) cumplan los requisitos establecidos en las letras a), b) y c) del apartado 2 del artículo 65 de forma acumulativa. La letra a) del apartado 2 del artículo 65 regula como requisito para la concesión de la exención que la empresa coopere plena, continua y diligentemente con la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos en que se establezcan reglamentariamente, a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación. El art. 52.a) del RDC dispone que se entenderá que el solicitante de reducción del importe de la multa coopera “plena, continua y diligentemente cuando, a lo largo de todo el procedimiento...”, entre otros requisitos “facilite sin dilación a la Dirección de Investigación toda la información y los elementos de prueba relevantes relacionados con el presunto cártel que esté en su poder o a su disposición”.

El Consejo coincide con la Dirección de Investigación en que Balearia ha aportado valor añadido significativo en sus declaraciones de clemencia, puesto que las mismas han contribuido a ampliar el periodo de duración de la infracción respecto al transporte marítimo entre las Islas baleares y la Península y a ampliar el conocimiento sobre los infractores respecto al transporte marítimo de pasajeros entre Ibiza y Formentera. Sin embargo, el Consejo, a la luz de los hechos que a continuación se describen del proceder del solicitante de clemencia a lo largo de la fase de instrucción del expediente, no puede apreciar que la cooperación de Balearia pueda ser calificada como plena, continua y diligente, como exige la norma.

Las inspecciones realizadas por la Dirección de Investigación en la sede de Balearia tuvieron lugar el 11 de mayo de 2010 y el 15 de mayo la empresa presentaba ante la CNC una solicitud de aplicación del programa de clemencia regulado en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Las

primeras declaraciones verbales con aportación de documentos las realiza la empresa el 7 de junio, siendo conocedora de todos los elementos de prueba que obraban ya en poder de la CNC procedentes de las investigaciones domiciliarias previamente realizadas. En esa primera declaración informa de su participación en dos cárteles, el primero desde abril de 2004 hasta el primer trimestre de 2005 con Acciona (Trasmediterránea), y el segundo entre mayo de 2008 hasta abril de 2010 con Acciona e Iscomar. Denuncia la existencia de un tercer cártel entre Acciona e Iscomar entre el año 2005 y mayo de 2008. Esta descripción se reitera, de forma mas detallada en otras cuatro declaraciones verbales realizadas el 16 de junio de 2010. Hay una sexta declaración verbal el 3 de agosto en la que se sigue presentando la misma versión de los hechos. El 20 de octubre de 2010, cinco meses después de la solicitud de clemencia, y después de seis declaraciones verbales insistiendo en la existencia de tres cárteles independientes y en que Balearia solo habría participado en dos de ellos de forma intermitente, se realiza la séptima declaración verbal en la que se informa de la existencia de contactos entre balearia o Umafisa y Acciona anteriores a 2003, concretamente desde 2001 y con afectación a líneas de transporte marítimo entre la península y las Islas Baleares.

El 5 de abril de 2011, casi un año después de la solicitud de aplicación del programa de clemencia, Balearia realiza su octava declaración verbal en la que denuncia practicas anticompetitivas realizadas desde el año 2004 entre la Comunidad de bienes de la que es socio al 50%, esto es, CB Balearia-Trasmapi, y la empresa Mediterránea Pitiusa en la línea Ibiza-Formentera. Esta declaración se complementa con otras dos declaraciones realizadas el 15 de abril de 2011 aclarando y detallando el comportamiento anticompetitivo denunciado para la línea Ibiza-Formentera.

Por todo ello, el Consejo no puede valorar que la actitud de Balearia en este caso, que ha presentado diez declaraciones verbales, y que ha tardado mas de cinco meses en aportar elementos nuevos sobre la conducta entre Balearia, Trasmediterránea e Iscomar, y casi un año respecto a la conducta desarrollada con Sercomisa y M. Pititusa, pueda ser calificada de plena, continua y diligente, ni que haya puesto fin a la infracción respecto a la conducta desarrollada en la línea Ibiza-Formentera, junto con Sercomisa y M. Pitiusa en el momento de presentar los elementos de prueba que deben acompañar la solicitud de clemencia.

Consecuentemente el Consejo ha valorado que en el caso presente BALEARIA EUROLÍNEAS MARÍTIMAS, S.A. no ha cumplido con los requisitos establecidos en la norma, en particular con el regulado en el art. 66.2.b) de la LDC (que remite al 65.2.a, b, c, y d), y dado que se trata de requisitos acumulativos solo el respeto de las letras a) y b) del art. 66 LDC le hubiese hecho acreedora de una reducción del importe de la sanción, tal y como ha solicitado. Sí valora el Consejo que la colaboración prestada puede ser calificada como una circunstancia atenuante, atendiendo a los términos regulados en el artículo 64.3.d), pues dicha colaboración ha supuesto la aportación de elementos de prueba que ha permitido en particular ampliar el periodo de infracción referida al

transporte marítimo entre las Islas baleares y la Península y extender la infracción a M. Pitiusa en el de Formentera-Ibiza.

Por su parte, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional considera que ha existido una vulneración del derecho de defensa reconocido por el artículo 24 de la Constitución Española al no haber concedido a BALEARIA trámite de audiencia para que alegase sobre la retirada del beneficio consistente en la reducción de entre el 30 y el 50 por ciento del importe de la multa por haber facilitado elementos de prueba de la presunta infracción que "aporten un valor añadido significativo".

Si, como se ha razonado previamente, la recta interpretación de la sentencia en cuestión exige dar a BALEARIA trámite de audiencia para evitar que se le ocasione la indefensión apreciada por la Sala, lo procedente es concederle un plazo de **quince días** para que alegue lo que a su derecho convenga sobre la posible ausencia del requisito de haber cooperado plena, continua y diligentemente a lo largo de todo el procedimiento, facilitando a la Dirección de Investigación toda la información y los elementos de prueba relevantes relacionados con el presunto cártel que estaban en su poder o a su disposición sin demora, como establece el artículo 52 del RDC, en sus apartados a) y b), a los efectos de valorar la concurrencia del presupuesto exigido por el artículo 66.1 b) de la LDC para la concesión de la reducción del importe de la sanción.

Asimismo, se concede a BALEARIA la posibilidad de que, acompañando a sus alegaciones, proponga la prueba que estime oportuna.

QUINTO.- Suspensión del plazo máximo para resolver

Conforme al artículo 37.1 a) de la LDC, el plazo máximo para resolver podrá suspenderse *"Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios"*.

En el presente caso, como exige la Sala en su sentencia de 8 de noviembre de 2012, para que este Consejo pueda dictar resolución con plena salvaguarda de los derechos de BALEARIA debe conocer la valoración que ésta efectúa del criterio expuesto por el Consejo de denegarle la reducción parcial de la sanción en aplicación del artículo 66.3 de la LDC. Por ello y en aplicación del citado precepto, procede acordar la suspensión del plazo máximo para resolver hasta que BALEARIA formule alegaciones o, en todo caso, transcurra el término de quince días concedido para su realización. Ello sin perjuicio de la posibilidad de que se mantenga la suspensión para el caso de proponerse alguna prueba y acordar el Consejo su práctica.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- Proceder, respecto a BALEARIA y en ejecución de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 8 de noviembre de 2012, a la retroacción de actuaciones del procedimiento S/0244/10 NAVIERAS BALEARES, al trámite anterior a la Resolución.

SEGUNDO.- Conceder a BALEARIA un plazo de 15 días a los efectos previstos en el Fundamento de Derecho Cuarto de la presente Resolución.

TERCERO.- Suspender, en aplicación del artículo 37.1 a) de la LDC, el plazo máximo para resolver en los términos previstos en el Fundamento de Derecho Quinto de la presente Resolución.

CUARTO.- Dar traslado de esta Resolución a la Audiencia Nacional en prueba de la ejecución de su Sentencia de 8 de NOVIEMBRE de 2012 (procedimiento para la protección de derechos fundamentales nº 0001/2012).

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a BALEARIA.