

Roj: **STS 1858/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:1858**Id Cendoj: **28079130032015100140**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **04/05/2015**Nº de Recurso: **3844/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 2434/2012,**
STS 1858/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Mayo de dos mil quince.

VISTOS los recursos de casación, registrados bajo el número **3844/2012**, interpuestos por el Abogado del Estado, y por la representación procesal de las entidades mercantiles COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA, S.A. y EUROFERRYS, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2012, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo 608/2010, formulado por las mercantiles aquí recurrentes, contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 8 de septiembre de 2010, recaída en el expediente S/0080/08, que impuso al Grupo Trasmediterránea, integrado por Europa Ferrys, S.A. y Compañía Trasmediterránea, S.A., la sanción de 2.000.000 de euros, por la comisión de la infracción del artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, al haberse acreditado la existencia de un acuerdo entre empresas navieras para la fijación de las tarifas de intercambio en la línea de transporte marítimo Algeciras-Ceuta. Han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado, la CIUDAD AUTÓNOMA DE CEUTA, representada por el Letrado de la misma, y las entidades mercantiles COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA, S.A. y EUROFERRYS, S.A., representadas por el Procurador Don Jorge Laguna Alonso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 608/2010, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 31 de mayo de 2012, cuyo fallo dice literalmente:

« Que debemos ESTIMAR EN PARTE Y ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA S.A. y EUROFERRYS, S.A. *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 650.000 euros. Sin efectuar condena al pago de las costas .* » .

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia prepararon la representación procesal de las entidades mercantiles COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA, S.A. y EUROFERRYS, S.A., y el Abogado del Estado, recursos de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparados mediante diligencia de ordenación de fecha 18 de septiembre de 2012 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de las entidades mercantiles COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA, S.A. y EUROFERRYS, S.A. recurrentes, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal



Supremo y, con fecha 5 de noviembre de 2012, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que, teniendo por presentado este escrito con sus copias y el documento que a él se acompaña, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por interpuesto recurso de casación contra la *Sentencia de fecha 31 de mayo de 2012, dictada por la Sección Sexta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por la que se desestima la pretensión de anulación de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 8 de septiembre de 2010, que impone al «Grupo TRASMEDITERRÁNEA» una sanción por vulnerar el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ; y, previos los trámites preceptivos, dicte Sentencia por la que estime el presente recurso de casación conforme a los motivos que se han esgrimido en este escrito y, en consecuencia, estime también íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte. ».*

CUARTO.- Emplazadas las partes, el Abogado del Estado recurrente, compareció, asimismo, en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 9 de enero de 2013, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; tenga por interpuesto y formalizado a nombre de la Administración General del Estado el presente recurso ordinario de casación; siga el procedimiento por sus trámites y, en su día, dicte sentencia por la que, estimándolo, case y anule la sentencia recurrida y dicte en su lugar otra más conforme a Derecho, por la que se declare la plena conformidad a derecho de la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 8 de septiembre de 2010 que la misma dejó parcialmente sin efecto, con lo demás que sea procedente. » .

QUINTO.- Por providencia de 1 de marzo de 2013, se admitió el recurso de casación interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO y por la COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA, S.A. y EUROFERRYS, S.A.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 17 de abril de 2013, se acordó entregar copia de los escritos de formalización de los recursos a las partes comparecidas como recurridas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, la CIUDAD AUTÓNOMA DE CEUTA, y las entidades mercantiles COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA, S.A. y EUROFERRYS, S.A.) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudieran oponerse al recurso, lo que efectuaron con el siguiente resultado:

1º.- El Procurador Don Jorge Laguna Alonso, en representación de las mercantiles COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA, S.A. y EUROFERRYS, S.A., presentó escrito el día 4 de junio de 2013, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que, teniendo por presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo, unirlo al rollo de su razón, tenga por formulada en tiempo y forma oposición de COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA, S.A. y EUROFERRYS, S.A. al recurso de casación interpuesto por la Administración demandada contra la *Sentencia de 31 de mayo de 2012, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 608/2010 y, tras los trámites legales, dicte sentencia en la que se desestime íntegramente el recurso de casación formulado por la representación del Estado, con imposición de costas conforme al artículo 139.1 de la LJCA . ».*

2º.- El Abogado del Estado, presentó escrito el día 10 de junio de 2013, en el que expuso, asimismo, los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; le tenga, en la representación que ostenta, por opuesto al presente recurso ordinario de casación; siga el procedimiento por todos sus trámites y, en su día, dicte sentencia por la que desestime el recurso e imponga las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previos en la LJCA. » .

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 17 de junio de 2013, se tiene por caducado en el trámite de oposición al Letrado de la CIUDAD AUTÓNOMA DE CEUTA, al no presentar escrito de alguno en el plazo concedido al efecto.

OCTAVO.- Por providencia de fecha 5 de marzo de 2015, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 28 de abril de 2015, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento de los recursos de casación.



Los recursos de casación que enjuiciamos, se interpusieron por el Abogado del Estado y por la representación procesal de las mercantiles COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA, S.A. y EUROFERRYS, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2012, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 8 de septiembre de 2010, recaída en el expediente S/0080/08, que declaró acreditado que las mercantiles recurrentes, que conforman el Grupo Trasmediterránea, habían incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia, por haber realizado un acuerdo entre empresas navieras consistente en la fijación de las tarifas de intercambio en la línea de transporte marítimo Algeciras-Ceuta, imponiendo la sanción de 2.000.000 €.

La Sala de instancia fundamenta la decisión de estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo, en el extremo que concierne a la cuantía de la multa impuesta, que se fija en 650.000 €, con base en la exposición de los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] Deben examinarse en primer lugar y conjuntamente tres motivos de recurso todos relacionados con la alegada falta de antijuridicidad de la conducta, bien porque las actoras según alegan, solo podían llevar a cabo las obligaciones impuestas por la SGT mediante la fijación de una tarifa única alineada con el precio más alto, bien por aplicación de lo dispuesto en el art. 4 LDC, bien por haber autorizado la práctica el legislador mediante la reforma de la Disposición Adicional 27 por la ley 33/2010 de 5 de agosto.

Comenzando por el final, efectivamente 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. 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 recíprocamente 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 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia "

Es previa la cuestión de si es esta disposición una norma sancionadora que debiera aplicarse retroactivamente por ser más favorable a las actoras, y las conductas enjuiciadas se realizaron 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, y es necesario examinar 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.

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 8/1.981 hasta la 61/1.990) 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, 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.

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.

La actora entiende que es precisamente la conducta sancionada la que le fue impuesta por la Administración, y en consecuencia por aplicación del art. 4 LDC la misma está exenta. Esta Sala considera 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.

Esta Sala entiende que no resulta en modo alguno la exención que se propugna, pues en momento alguno se ha impuesto por la Administración marítima que 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."

Resulta en consecuencia que deben desestimarse los correspondientes motivos de impugnación: la conducta es antijurídica, pues se ha producido un acuerdo entre los competidores para fijar las tarifas de intercambio a lo que no se vieron obligadas por la Administración, ya que se establecieron mecanismos destinados a evitar que la intercambiabilidad de billetes en circunstancias determinadas produjera la consecuencia de acordar igualmente los precios de dichos billetes. No solo no contaban con el equivalente a una cámara de compensación que impidiese el intercambio de información comercialmente sensible, sino que además acordaron una única tarifa de intercambio, comunicándose respectivamente sus tarifas, sus gastos de comercialización, o como lo describe la resolución impugnada, llevaron a cabo una suerte de subasta al alza de las tarifas, con la consecuencia de que estas se situaron de forma unificada y no se unificaron a la baja sino al alza. No se ha acreditado por la actora que como alega esta fuese la única manera de asegurar el intercambio, fijar una tarifa alineada con el precio más alto.

Como se ha razonado, esta alineación de los precios no está exenta por ley ni ha sido autorizada por el legislador, en relación con los hechos objeto de este concreto Acuerdo de la CNC y de este recurso contencioso-administrativo mediante la Disposición Adicional 27 de la Ley 33/2010 de 5 de agosto .

Deben desestimarse en consecuencia los correlativos motivos de impugnación.

[...] La actora alega a continuación que no se ha incumplido, por inaplicable, el Acuerdo del TDC de 30 de mayo de 2006.

Como ya se razonó en la sentencia de 20 de febrero de 2012 , las menciones al acuerdo en cuestión que realiza la resolución impugnada no son para establecer que las empresas sancionadas lo son por su incumplimiento sino que sirven de referencia para valorar las conductas objeto de enjuiciamiento.

Se alega a continuación, que no existe la culpabilidad en este caso, y debe concurrir al menos a título de culpa, por haber realizado las actoras una interpretación razonable entendiendo que su conducta tenía amparo legal. Ello con fundamento en las Resoluciones de la SGT dictadas en relación con la Operación Paso del Estrecho de Semana Santa del 2008, Verano 2008 y Verano 2009.

Expone que si las navieras debían ponerse de acuerdo para articular mecanismos de compensación, los efectos restrictivos de la competencia quedaban amparados por la ley. No cabe duda a juicio de esta Sala, de cual era el alcance de las obligaciones impuestas por la Administración, ni de cual era, en consecuencia, el amparo normativo ni de qué concretas conductas: no se ampara en ningún caso el que fijasen una tarifa única alineada en el nivel más alto.

Examinando una alegación semejante, pero con referencia a la concurrencia de la confianza legítima, el Tribunal Supremo, en las sentencias citadas en el fundamento jurídico cuarto, entre ellas la de 3 de febrero de 2009 razonó 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 1990\1258), 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 1997\6890) y 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000 \7047). 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 el conjunto de la actividad administrativa de Defensa de la Competencia, de su control jurisdiccional, teniendo a la vista los antecedentes de la conducta que es sancionada por la CNC en esta resolución de 8 de septiembre de 2010, 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.

La Administración en ningún momento permitió, alentó o justificó en modo alguno que junto con la intercambiabilidad de billetes en las OPEs procediera la unificación de tarifas, aunque si se aprecia una actividad intensa de las autoridades de Marina, y de las propias autoridades de Seguridad, tendente a favorecer la intercambiabilidad citada.

De la prueba documental practicada resulta que las tarifas básicas máximas para el año 2009 de las empresas actoras fueron aprobadas por el Ministerio de Fomento, no siendo relevante para este litigio lo ocurrido en años posteriores por enjuiciarse únicamente lo acontecido en semana santa 2008, verano 2008 y verano 2009. Como correctamente señala la CNC en relación con la resolución de la SGT de 23 de junio de 2010, es un precio regulado lo que se establece, y " existen otras razones por las que una autoridad reguladora puede llegar a establecer un precio regulado, entre ellas, la de evitar que estos precios se fijen por parte de los agentes económicos a un nivel superior al que se obtendrían en un mercado competitivo, bien porque los operadores ostenten suficiente poder de mercado para ello, o bien por acuerdo entre las partes, como se ha acreditado en el presente expediente ".

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 si debe tener, como se verá más adelante, consecuencias en el cálculo de las sanciones impuestas, como circunstancia atenuante de la responsabilidad por las circunstancias concurrentes de la actividad administrativa de ordenación de la actividad objeto de la conducta durante las OPEs.



[...] En relación con la sanción impuesta, se formulan básicamente dos alegaciones: la falta de individualización de la sanción impuesta en relación con Transmediterranea y Euroferries, y la falta de proporcionalidad de la multa impuesta.

En primer lugar, la actora considera que no puede cumplir la resolución impugnada porque incurre en una indeterminación tal que impide que el acto pueda alcanzar su fin e incluso que sea ejecutado por la Administración.

La lectura de la parte dispositiva del acto administrativo impugnado en este concreto extremo revela que se imponen "... las siguientes multas:

- 2.000.000 € (DOS MILLONES DE EUROS) al Grupo TRASMEDITERRÁNEA-

Ahora bien: la motivación del acto administrativo debe buscarse no en el propio tenor literal de la parte dispositiva, sino en los antecedentes de hecho y de derecho. Examinados estos, se comprueba que TRASMEDITERRANEA S.A. y EUROPA FERRYS S.A. comparecen y realizan alegaciones conjuntas (11 de marzo de 2010, 8 de julio de 2010).

En los hechos se establece que ambas son empresas del Grupo Acciona, y así en el hecho 2.1 se concreta que:

- " De acuerdo con información pública disponible en la web de la empresa, Compañía TRASMEDITERRANEA S.A. es una empresa de la división de Servicios Lógicos y de Transporte del Grupo Acciona. Compañía TRASMEDITERRANEA S.A. es la empresa adjudicataria del contrato administrativo para la línea Algeciras-Ceuta, conforme al art. 12 del R.D. 1516/2007 de 16 de noviembre (folio 254)"

- Europa Ferrys S.A. (Euroferries) es una sociedad unipersonal, íntegramente participada por Compañía TRASMEDITERRANEA S.A. Opera conjuntamente con Compañía TRASMEDITERRANEA S.A en la línea Algeciras-Ceuta y sigue las decisiones adoptadas por dicha empresa que afectan a esta línea (folios 1778 y 1779).

- Ambas empresas prestan en la línea Ceuta-Algeciras el servicio de transporte marítimo de pasajeros, vehículos y carga rodada con buques tipo Fast ferry, de alta velocidad, sustituidos por ferry convencional, eventualmente, en periodos de varadas o cuando las condiciones climatológicas impiden la navegación de aquellos (folios 254 y 99).

- Acciona TRASMEDITERRANEA no es una entidad sino una marca comercial con la que gira Compañía TRASMEDITERRANEA S.A mientras que GRUPO ACCIONA es el nombre que agrupa tanto a Compañía TRASMEDITERRANEA como a EUROFERRY. A lo largo de la Resolución se hace referencia indistintamente a la denominación comercial y mercantil".

En el Hecho 6 se indica que las comunicaciones de una y otra empresa se realizan desde el mismo número de fax.

En el Fundamento Jurídico Segundo se indica que TRASMEDITERRANEA y EUROFERRYS son del Grupo ACCIONA.

En el Fundamento Jurídico Cuarto se indica que las navieras del Grupo TRASMEDITERRANEA comunicaron a las del Grupo BALEARIA las tarifas y los distintos intercambios que tuvieron lugar al respecto.

En el fundamento jurídico décimo, relativo al cálculo de la sanción, la CNC razona sobre los grupos, Balearia y Transmediterranea. Y específicamente se tiene en cuenta el volumen de negocios de los grupos.

La motivación de los actos administrativos es una exigencia constitucional, como así ha tenido ocasión de declararlo en numerosas ocasiones tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (SSTC 161/2003 y 193/2003 , SSTS de 3 febrero de 2000 , entre otras muchas) y con ella se protege, efectivamente, al administrado del arbitrio de la Administración identificando expresamente las razones o motivos que han conducido a la Administración a adoptar su decisión en términos de justificación. Y, como resulta de las consideraciones expuestas, de la resolución impugnada resulta que dos navieras pertenecen a un mismo Grupo. Y de hecho en el documento núm. 6 de los aportados con la demanda, bajo el rótulo "Acciona Trasmediterránea" el Director económico-financiero de Trasmediterránea S.A. certifica que "la contabilidad analítica de Compañía Trasmediterránea S. A. y de su filial Europa Ferrys S.A. el resultado explotación correspondiente a ambas sociedades en la Línea de transporte marítimo entre Algeciras-Ceuta ..." e informa de las inversiones de ambas sociedades, así como el importe de los gastos de ambas sociedades.

Resulta evidente, en consecuencia, que en este caso la Administración ha impuesto la sanción al Grupo empresarial con fundamento en que es el predominante en el comportamiento de las dos empresas que lo conforman, obteniendo de tal comportamiento los beneficios correspondientes. El Grupo ha sido sancionado



por la trascendencia, puesta de manifiesto a lo largo de la resolución sancionadora, que ha tenido para llevar a cabo la conducta enjuiciada el hecho de que dos grupos empresariales sean titulares de las cuatro navieras que se concertaron, incorporándose más tarde otra empresa. De la propia documentación aportada en estos autos por la recurrente resulta igualmente como se ha indicado más arriba, que se trata de un grupo empresarial, Acciona Transmediterranea, tratando como filial de Compañía Transmediterranea a EUROPA FERRYS S.A. y el artículo 63 LDC establece: 1º señala como infractores a "los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas" y 2º establece que el volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros. Previamente el art. 61 contempla en su pfo. 2º que la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de marzo de 2002 señaló que "Los problemas que suscita la comisión de infracciones contrarias a la libre competencia por parte de empresas integrantes de un mismo grupo empresarial quizá habrían hecho aconsejable la utilización de categorías jurídicas más precisas en relación con la imposición de sanciones, pero, en todo caso, la que es objeto de debate, referida a la sociedad Frint España, no puede decirse que haya vulnerado el principio de individualización de las sanciones administrativa." En aquel supuesto, se había impuesto la multa a la empresa predominante en el seno de un comportamiento colectivo ilícito.

El Tribunal de Primera Instancia de la C.E. en la sentencia de 29 de abril de 2004 Tokai Carbon, ha recordado igualmente que "Según reiterada jurisprudencia la motivación de una decisión individual debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control. La exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si cumple las exigencias del artículo 253 CE debe apreciarse en relación no sólo con el tenor literal del acto de que se trate sino también con el contexto en el que se adoptó dicho acto (véase, en especial, la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 1998, Comisión/Sytraval y Brink's France, C-367/95 P, Rec. p. I-1719, apartado 63)."

El TJCE considera igualmente en la citada sentencia que "En la medida en que se reprocha a la Comisión no haber determinado los diferentes importes de partida basándose bien en el volumen de negocios relativo a las ventas de electrodos de grafito en el EEE, o bien en el volumen de negocios global de todos los productos, hay que recordar, por una parte, que la mera referencia expresa al volumen de negocios contenida en el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 se refiere al límite superior que no puede superar el importe de una multa y, por otra parte, que dicho límite se refiere al volumen de negocios global (sentencia Musique diffusion française y otros/Comisión, citada en el apartado 144 supra, apartado 119). Dentro de este límite, la Comisión puede, en principio, fijar la multa, a partir del volumen de negocios de su elección, en términos de base geográfica y de productos afectados (sentencia Cemento, citada en el apartado 39 supra, apartado 5023), sin estar obligada a tener en cuenta precisamente el volumen de negocios global o el realizado en el mercado geográfico o el mercado de los productos de que se trata. Por último, si las Directrices no prevén el cálculo de multas en función de un volumen de negocios determinado, tampoco se oponen a que se tenga en cuenta tal volumen de negocios, siempre que la elección realizada por la Comisión no adolezca de un error manifiesto de apreciación.". Esta Sala no ha apreciado, en el concreto extremo examinado, que la consideración de las dos empresas del grupo como Grupo, no adolece de un manifiesto error de apreciación por parte de la CNC.

Debe en consecuencia desestimarse este motivo de recurso.

[...] Se alega a continuación la infracción del principio de proporcionalidad por insuficiente motivación de la cuantía, porque el contexto de la infracción debe ser considerado como una atenuante y no como una agravante y porque la conducta imputada no produjo efectos.

Citando nuevamente al TJCE en la sentencia Tokai carbon, este recuerda que "si la Comisión dispone de una facultad de apreciación a la hora de fijar el importe de cada multa, sin estar obligada a aplicar una fórmula matemática precisa (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de abril de 1995, Martinelli/Comisión, T-150/89, Rec. p. II-1165, apartado 59) el Tribunal de Primera Instancia se pronuncia, sin embargo, con arreglo al artículo 17 del Reglamento nº 17, con una competencia de plena jurisdicción en el sentido del artículo 229 CE sobre los recursos interpuestos contra las decisiones por las cuales la Comisión fija una multa y puede, en consecuencia, suprimir, reducir o incrementar la multa impuesta. En este marco, su valoración del carácter proporcionado de la multa puede, independientemente de eventuales errores manifiestos de apreciación cometidos por la Comisión, justificar que se aporten y se tomen en consideración elementos complementarios



de información no mencionados en la Decisión de la Comisión (sentencia SCA Holding/Comisión, citada en el apartado 108supra , apartado 55)."

En este caso la CNC considera que se trata de una infracción muy grave, con un tope máximo de sanción del 10% del volumen de negocios total con la agravante de los precedentes señalados por la propia CNC y recogidos en esta sentencia. Se mencionan los efectos, para insistir en el efecto potencial del acuerdo. Igualmente se analiza la duración en el tiempo.

La Sala considera que si bien brevemente la imposición de la sanción está motivada, y comparte con la CNC las consideraciones relativas a los efectos y la duración en el tiempo, habiendo solicitado a las expedientadas la cifra de su volumen de negocios.

Por el contrario, la Sala considera que la actividad administrativa realizada por el Ministerio de Fomento, y las modificaciones normativas que se sucedieron mediante la actividad de la SGT deben 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 misma. La Resolución impugnada, y el Abogado del Estado sostienen que concurren circunstancias agravantes, por los expedientes previos incoados, y 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.

Si bien no se aprecia una exención de su responsabilidad, ni la aplicación del principio de confianza legítima, se aprecia una atenuación de su responsabilidad que debe reflejarse en el importe de la sanción impuesta, que quedará reducida a 650.000 euros, es decir a una tercera parte de la multa. » .

La Sala de instancia parte como premisa para el enjuiciamiento de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 8 de septiembre de 2010, de la aceptación de los antecedentes de hecho declarados probados en la mencionada resolución, en los siguientes términos:

« [...] - 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 (ubicada en territorio africano fronterizo con el Reino de Marruecos) 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 . » .*

El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de las mercantiles COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA, S.A. y EUROFERRYS, S.A., se articula en la formulación de seis motivos de casación, que se fundan todos ellos al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

En el primer motivo de casación se denuncia que la sentencia impugnada vulnera el principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3 de la Constitución , y el derecho a la tutela judicial efectiva que enuncia el artículo 24 CE , así como el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , y la jurisprudencia de la Sala, por error patente e irrazonable y arbitraria apreciación de los hechos relevantes para la resolución del proceso, que es el importe que la naviera transportística recibe de la naviera emisora del billete, en cuanto la Sala de instancia confunde precio y tarifa de intercambio, sin tomar en consideración



que el acuerdo entre las navieras para fijar una tarifa de intercambio unitaria era la única conducta posible para cumplir con las obligaciones de servicio público impuestas por la Secretaría General de Transportes en los periodos de Semana Santa 2008, verano 2008 y verano 2009, por lo que la conducta imputada no era antijurídica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 LDC .

En el desarrollo argumental de este motivo de casación se aduce que la sentencia impugnada incurre en una valoración irrazonable de los documentos públicos incorporados al ramo de prueba -las resoluciones de la Secretaría General de Transportes de 23 de junio de 2010 y de 31 de mayo de 2011, y el oficio del Director General de la Marina Mercante de 9 de enero de 2009-, que desvirtuarían la afirmación de la resolución impugnada de que el propósito de las tarifas de intercambio de la Administración pudiera ser el de evitar que éstos precios se fijan por agentes económicos de un nivel superior al que se obtendría en un mercado competitivo.

El segundo motivo de casación, sustentado en la infracción del artículo 25 de la Constitución y del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , reprocha a la sentencia impugnada la vulneración del principio de tipicidad sancionadora, al haber considerado indebidamente que la conducta imputada sería por su objeto contraria al Derecho de la Competencia, ya que en el caso de los periodos comprendidos en la Operación Paso del Estrecho las navieras sancionadas carecían de capacidad para limitar, restringir o falsear la competencia, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en que se inscribe la conducta enjuiciada, puesto que las resoluciones de la Secretaría General de Transportes de 5 de marzo de 2008 y de 1 de junio de 2009, eliminan la competencia en el transporte marítimo de cabotaje entre Ceuta y Algeciras.

El tercer motivo de casación imputa a la sentencia impugnada la vulneración del artículo 4.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , en relación con el artículo 83.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante , en cuanto que al establecerse en las resoluciones de la Secretaría General de Transportes el derecho de compensación de las navieras obligadas al intercambio de billetes la fijación de una tarifa de intercambio única era el único modo de compensar a todas las partes.

El cuarto motivo de casación descansa en la infracción del artículo 9.3 de la Constitución y del artículo 128.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , en relación con la disposición adicional vigésimo séptima de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante , que autoriza a la Administración incluso a imponer la fijación de tarifas de intercambio, en cuanto la sentencia impugnada contraviene el principio de aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras mas favorables para el administrador.

Al respecto, se aduce que, aún cuando se considerase que en los años 2008 y 2009 la conducta de fijación de una tarifa de intercambio única era ilícita y antijurídica, habría de estimarse que dejó de serlo a partir del 27 de agosto de 2010, con la entrada en vigor de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general.

El quinto motivo de casación denuncia la infracción del artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , en cuanto la sentencia impugnada contraviene las exigencias del principio de culpabilidad, que determina que no cabe sancionar a quien actúa de conformidad con una interpretación razonable del marco normativo aplicable y en un contexto de comportamiento impulsado por la Administración.

El sexto motivo de casación, que se formula con carácter subsidiario, reprocha a la sentencia impugnada la infracción de los artículos 2.2 y 25 de la Constitución , los artículos 62.1 c), 130.1 y 137.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , y el artículo 61.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , por violación del principio de presunción de inocencia.

Al respecto, se aduce que la sentencia impugnada confirma la sanción conjunta del Grupo Trasmediterránea, sin la necesaria individualización de la multa en relación con cada una de las personas jurídicas imputadas, y sin determinar cuál es la responsabilidad de la matriz respecto de la filial, lo que resulta contrario al principio de presunción de inocencia en el ámbito sancionador.

El recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado se articula en la formulación de un único motivo, al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por vulneración de los artículos 62.4 a), 63.1 c) y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia , en relación con el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .

SEGUNDO.- Sobre el recurso de casación interpuesto por la Compañía Trasmediterránea, S.A. y Euroferrys, S.A .



El primer motivo de casación, formulado por la Compañía Trasmediterránea, S.A. y Euroferrys, S.A., basado en la infracción de los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución, en relación con lo dispuesto en el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia impugnada -según se aduce- en errores patentes en la apreciación de los hechos determinantes para la resolución del proceso, y confundir la conducta por la que el Grupo Trasmediterránea fue sancionada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en la resolución de 8 de septiembre de 2010, no puede ser acogido, pues descartamos que la decisión de la Sala de instancia pueda ser tachada de irrazonable o arbitraria, ya que no observamos un desajuste o desviación entre el objeto del recurso contencioso-administrativo, que delimita el enjuiciamiento del órgano judicial, y la argumentación jurídica de la sentencia, que sea lesivo del principio de seguridad jurídica o del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto que de la lectura de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, sin desagregar artificialmente sus razonamientos, se desprende con claridad que el Tribunal sentenciador analiza si el acuerdo entre empresas navieras, consistente en la fijación de las tarifas de intercambio de la línea de transporte marítimo Algeciras-Ceuta en los periodos de Semana Santa de 2008, verano de 2008 y verano de 2009, constituye una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, aunque para ello introduzca algunas referencias jurisprudenciales relativas a la revisión jurisdiccional de resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia, en que se sancionaban acuerdos entre empresas navieras formalizados con el doble objetivo de concertar el precio de los billetes de transporte de cabotaje y determinar las tarifas de intercambio.

En efecto, consideramos que la Sala de instancia no ha dictado una sentencia carente de rigor lógico, por basarse en una inadecuada apreciación de los elementos de hecho relevantes para la resolución del proceso, puesto que constatamos que los hechos que considera acreditados la Sala de instancia son, por remisión, los declarados probados por la propia Comisión Nacional de la Competencia, «ésta Sala, se afirma expresamente, tiene a la vista los antecedentes de la conducta que es sancionada por la CNC en la resolución de 8 de septiembre de 2010», por lo que carece de justificación la crítica formulada sobre una supuesta confusión en relación con la conducta sancionada enjuiciada, tal como pone de relieve el Abogado del Estado en su escrito de oposición.

Asimismo, observamos que en el examen por el Tribunal sentenciador de la incidencia de las resoluciones de la Secretaría General de Transportes de 5 de marzo de 2008, 10 de junio de 2008 y 1 de junio de 2009, sobre intercambiabilidad de billetes de transporte marítimo en la línea Algeciras-Ceuta en los periodos investigados, que imponen el establecimiento de un mecanismo de compensación, se delimita con precisión cuál era la naturaleza y alcance de la conducta sancionada, cuya revisión judicial se pretende, partiendo del hecho de que el alineamiento de las tarifas netas de intercambio de los competidores y el intercambio de información respecto de los costes de comercialización y precios determinaron la apertura del expediente sancionador.

También estimamos que carece de fundamento el extremo de la censura casacional que formula la defensa letrada de las mercantiles recurrentes, respecto de que la Sala de instancia ha eludido la fuerza probatoria de documentos públicos, conforme a lo dispuesto en el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al no valorar los efectos reales derivados de las resoluciones de la Secretaría General de Transportes de 23 de junio de 2010 y 31 de mayo de 2011, y del oficio del Director General de la Marina Mercante de 9 de junio de 2009, que acreditarían que la tarifa de intercambio fijada por la Administración para periodos posteriores habían supuesto un incremento superior del 10% a diferencia de las tarifas de intercambio establecidas por las compañías navieras sancionadas, ya que no resulta irrazonable -desde la perspectiva de la exigencia al juzgador de un desarrollo argumental presidido por la lógica y la razonabilidad de los razonamientos jurídicos que fundamenta el fallo-, que la sentencia refiera que dichas decisiones administrativas son irrelevantes -ratione temporis- para determinar la ilicitud de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 8 de septiembre de 2010, que se refiere a hechos anteriores, relacionados con el desarrollo de la Operación Paso del Estrecho, en los periodos comprendidos en la Semana Santa de 2008, verano de 2008 y verano de 2009, atendiendo, además, a que la conducta de fijación de las tarifas de intercambio sancionada constituye una restricción, por su objeto, de la competencia.

El segundo motivo de casación, fundado en la infracción del principio de tipicidad sancionadora, enunciado en el artículo 25 de la Constitución, en relación con lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, no puede ser acogido, pues rechazamos la tesis argumental que formula la defensa letrada de las mercantiles recurrentes, respecto de que la conducta imputada, de la que se declara responsable al Grupo Trasmediterránea junto a otras navieras, consistente en la fijación de una tarifa de intercambio única en la línea de transporte marítimo Algeciras-Ceuta en los periodos referenciados de Semana Santa de 2008, verano 2008 y verano 2009, no es susceptible de subsumirse en las conductas prohibidas por dicha disposición legal, por estar amparada -según se aduce- por las decisiones de la Secretaría General de Transportes, que imponen obligaciones de servicio público a las compañías navieras que realizan



el transporte marítimo en la mencionada línea, ya que entendemos que la ejecución de dichas resoluciones, que determinaban la obligación de establecer un mecanismo de compensación basado en el régimen tarifario de los servicios de transporte prestados por las distintas navieras, no puede comportar la fijación de «unas tarifas de intercambio únicas alineadas al nivel más alto», tal como afirma, con convincente rigor jurídico, la Sala de instancia.

En efecto, no apreciamos que la Sala de instancia haya violado el principio de tipicidad, por no estimar que el acuerdo entre las empresas navieras sobre la tarifa de intercambio no tenía la capacidad de limitar la competencia en el mercado afectado de transporte marítimo en la línea Ceuta-Algeciras, puesto que -según se argumenta- las resoluciones de la Secretaría General de Transportes, que imponen obligaciones de servicio público, supone la eliminación de la competencia en dicha línea de cabotaje, ya que consideramos que, en ningún caso, dichas decisiones administrativas autorizaban el alineamiento de las tarifas netas de intercambio ni el intercambio de información sobre costes de comercialización o precios de venta al público, en la medida en que el sistema de intercambio de billetes decretado en los periodos analizados, no abocaba a impedir que las distintas compañías navieras desarrollasen políticas comerciales diferentes, atendiendo a las diferentes estructuras de costes, o a que se produjeran intercambios de información sobre precios y tarifas, en contravención del artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

En este sentido, cabe poner de relieve que en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2009 (RC 3073/2006), que se invoca acertadamente en la sentencia impugnada para fundamentar la ratio decidendi, ya sostuvimos que, aunque la competencia entre diversos operadores queda atenuada en los supuestos de intercambiabilidad de billetes, puesto que las diferencias «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».

Por ello, apreciamos que el pronunciamiento de la Sala de instancia no contradice la doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en las sentencias 218/2005, de 12 de septiembre , 113/2008, de 29 de septiembre , 104/2009, de 4 de mayo , 36/2010, de 19 de julio , y 57/2010, de 4 de octubre , sobre el significado, el contenido y el alcance de las garantías que se desprenden de la consagración del principio de legalidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución , que son vinculantes para el legislador, para el poder reglamentario y para los aplicadores del Derecho:

« Es doctrina de este Tribunal (SSTC 42/1987, de 7 de abril, F. 2 ; 161/2003, de 15 de septiembre, F. 2 ; o 25/2004, de 26 de febrero, F. 4) que el derecho fundamental enunciado en el art. 25.1 CE extiende la regla nullum crimen, nulla poena sine lege al ámbito del ordenamiento administrativo sancionador, y comprende una doble garantía. La primera, de alcance material y absoluto, se refiere a la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (lex certa) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la otra, de alcance formal, hace referencia al rango necesario de las normas tipificadoras de dichas conductas y sanciones, toda vez que este Tribunal ha señalado reiteradamente que el término «legislación vigente» contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora. En el bien entendido que este Tribunal ha venido reconociendo una eficacia relativa o limitada a esta segunda garantía, en el sentido de permitir un mayor margen de actuación al poder reglamentario en la tipificación de ilícitos y sanciones administrativas, por razones que atañen en lo esencial al modelo constitucional de distribución de potestades públicas y al carácter, en cierto modo insuprimible, de la potestad reglamentaria en ciertas materias.

3. En relación con la primera de las garantías indicadas, que es en torno a la que gira el presente proceso constitucional de amparo, hemos señalado específicamente que contiene un doble mandato:

a) El primero, que es el de taxatividad, dirigido al legislador y al poder reglamentario, y «según el cual han de configurarse las Leyes sancionadoras, llevando a cabo el "máximo esfuerzo posible" (STC 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones» (STC 151/1997, de 29 de septiembre , F. 3). En este contexto, hemos precisado que «constituye doctrina consolidada de este Tribunal la de que el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, aunque su compatibilidad con el art. 25.1 CE se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada» (STC 151/1997, de 29 de septiembre , F. 3).



b) *Contiene también un mandato para los aplicadores del Derecho. En efecto, la garantía de predeterminación normativa de los ilícitos y de las sanciones correspondientes tiene, según hemos dicho en las SSTC 120/1996, de 8 de julio, F. 8 , y 151/1997, de 29 de septiembre , F. 4, «como precipitado y complemento la de tipicidad, que impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora». En esa misma resolución, este Tribunal añadió que «como quiera que dicha frontera es, en mayor o menor medida, ineludiblemente borrosa -por razones ya de carácter abstracto de la norma, ya de la propia vaguedad y versatilidad del lenguaje-, el respeto del órgano administrativo sancionador al irrenunciable postulado del art. 25.1 CE deberá analizarse, más allá del canon de interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad, propio del derecho a la tutela judicial efectiva, con el prisma de la razonabilidad que imponen los principios de seguridad jurídica y de legitimidad de la configuración de los comportamientos ilícitos que son los que sustentan el principio de legalidad».*

Desde esta perspectiva, resulta elemento realmente esencial del principio de tipicidad, ligado indisolublemente con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la necesidad de que la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora identifique el fundamento legal de la sanción impuesta en cada resolución sancionatoria. En otros términos, el principio de tipicidad exige no sólo que el tipo infractor, las sanciones y la relación entre las infracciones y sanciones, estén suficientemente predeterminados, sino que impone la obligación de motivar en cada acto sancionador concreto en qué norma se ha efectuado dicha predeterminación y, en el supuesto de que dicha norma tenga rango reglamentario, cuál es la cobertura legal de la misma. Esta última obligación encuentra como excepción aquellos casos en los que, a pesar de no identificarse de manera expresa el fundamento legal de la sanción, el mismo resulta identificado de forma implícita e incontrovertida. En este orden de ideas, hemos subrayado recientemente en la STC 161/2003, de 15 de septiembre , que cuando la Administración ejerce la potestad sancionadora debe ser «la propia resolución administrativa que pone fin al procedimiento la que, como parte de su motivación [la impuesta por los arts. 54.1 a) y 138.1 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común , identifique expresamente o, al menos, de forma implícita el fundamento legal de la sanción. Sólo así puede conocer el ciudadano en virtud de qué concretas normas con rango legal se le sanciona, sin que esté excluido, como acaba de exponerse, que una norma de rango reglamentario desarrolle o concrete el precepto o los preceptos legales a cuya identificación directa o razonablemente sencilla el sancionado tiene un derecho que se deriva del art. 25 CE » (F. 3). ».

El tercer motivo de casación, sustentado en la infracción del artículo 4.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , en relación con el artículo 83.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante , que denuncia que la sentencia de instancia incurre en error al ignorar que las obligaciones de servicio público impuestas a las navieras deben cumplirse sin perjuicio patrimonial para la empresa obligada, no puede prosperar, pues en dicho planteamiento subyace la tesis que no compartimos de que la fijación de una tarifa de intercambio única era el único mecanismo de compensación posible para evitar pérdidas o enriquecimientos injustos de las empresas navieras obligadas a prestar dichos servicios por las resoluciones de la Secretaría General de Transportes de 5 de marzo de 2008, 10 de junio de 2008 y 1 de junio de 2009, en cuanto elude que el cumplimiento de dicha obligación no podía avalar el acuerdo entre empresas para fijar una tarifa única de intercambio alineada en el nivel más alto, tal como se sostiene en la sentencia impugnada.

En efecto, no consideramos que la conducta imputada por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia no fuese sancionable por concurrir el presupuesto de exención del artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia , al tener amparo legal -según se aduce- conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante , que establece las obligaciones del servicio público a las empresas navieras que realicen servicios de navegación por motivos de utilidad pública o interés social, puesto que, en el supuesto enjuiciado, del contenido de las resoluciones de la Secretaría General de Transportes de 5 de marzo de 2008, 10 de junio de 2008 y 1 de junio de 2009, no se infiere que la Comisión Nacional de la Competencia deba tolerar conductas que por su objeto traten de restringir o falsear la competencia en el mercado relevante considerado de prestación de servicios de transporte marítimo.

El cuarto motivo de casación, basado en la infracción del artículo 9.3 de la Constitución , y el artículo 128.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común . en relación con lo dispuesto en la disposición adicional vigésimo séptima de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante , no puede prosperar, pues descartamos que esta disposición legal, introducida por la Ley 33/2010, de 5 de agosto, tenga que se aplicada retroactivamente debido a su carácter de norma sancionadora más favorable, tal como propugna la defensa letrada de las mercantiles recurrentes, con el efecto de declarar la invalidez de la resolución sancionadora del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 8 de septiembre de 2010, puesto que la circunstancia de que la Administración Marítima, en aplicación del artículo 83 de la mencionada Ley 27/1992 , pueda obligar



a las empresas navieras al cumplimiento de obligaciones de servicio público referidas a la intercambiabilidad de billetes, que incluya la fijación de una tarifa de intercambio común, aplicable a los servicios de transporte que recíprocamente presten por razón de la intercambiabilidad de billetes, lo que tendría la condición de conducta exenta, a los efectos del artículo 4.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, no constituye -tal como sostiene la Sala de instancia-, causa de exención de la responsabilidad del Grupo Trasmediterránea, por la conducta imputada de fijación de una tarifa única de intercambio en los periodos comprendidos en la Operación de Paso del Estrecho de la Semana Santa de 2008, verano de 2008 y verano de 2009, debido a que no se excluye el componente antijurídico del hecho infractor, de incumplir la obligación de establecer un mecanismo de compensación que preserve la estanqueidad del intercambio de información sobre la política comercial de las empresas navieras, y que evite el alineamiento al alza de las tarifas de intercambio, lo que repercute sobre el precio de venta al público de los billetes.

El quinto motivo de casación, basado en la infracción del principio de culpabilidad, formulado con base en lo dispuesto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que se sustenta en el argumento de que no cabe sancionar a quien actúa de conformidad con una interpretación razonable del marco normativo aplicable, y en consonancia con la actuación promovida por la Administración, no puede prosperar, puesto que compartimos el criterio de la Sala de instancia de que la Administración en ningún momento permitió, alentó o justificó en modo alguno que junto con la intercambiabilidad de billetes en las Operaciones de Paso del Estrecho procediera la unificación de las tarifas de intercambio, por lo que resulta coherente el pronunciamiento relativo a no exonerar de responsabilidad al Grupo Trasmediterránea por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Por ello, en el supuesto enjuiciado en este recurso de casación, apreciamos que en la conducta imputada a la Compañía Trasmediterránea, S.A. y a Euroferrys, S.A., que se integran en el Grupo Trasmediterránea, concurre el elemento subjetivo de culpa determinante de la exigencia de responsabilidad, en los parámetros exigidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia 129/2003, de 20 de julio, por haber realizado un acuerdo entre empresas navieras con el objeto de fijar una tarifa de intercambio única, que contraviene la libre competencia en el mercado relevante afectado del transporte marítimo de cabotaje entre los puertos de Algeciras y Ceuta.

El sexto motivo de casación, que denuncia la infracción de los artículos 24.2 y 25 de la Constitución, los artículos 130.1 y 137.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y del artículo 61 de la Ley de Defensa de la competencia, no puede ser acogido, pues rechazamos que la Sala de instancia haya violado el invocado derecho a la presunción de inocencia, por confirmar la sanción impuesta por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia al Grupo Trasmediterránea, sin proceder -según se aduce- a individualizar la responsabilidad que corresponde a cada una de las sociedades navieras integrantes del mencionado Grupo empresarial. Para rechazar ese motivo de casación, cabe partir del hecho, que se refiere expresamente en el fundamento jurídico octavo de la sentencia impugnada, que hemos transcrito con anterioridad, de que el Grupo Trasmediterránea está integrado por la Compañía Trasmediterránea, S.A., que pertenece a la División de Servicios Logísticos y de Transportes del Grupo Acciona, y es adjudicataria del contrato administrativo para la línea Algeciras-Ceuta, conforme a lo dispuesto en el artículo 12 del 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, y Euroferrys, que es una sociedad participada íntegramente en su capital social por Compañía Trasmediterránea, S.A., que opera en esa línea de transporte marítimo siguiendo las decisiones e instrucciones de la mencionada sociedad matriz, en lo referente a la fijación de las tarifas de intercambio y al intercambio de información, lo que justifica que la sanción se imponga de forma conjunta al mencionado Grupo Trasmediterránea, sin contravención de la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 8 de marzo de 2002 (RC 8088/1997), y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se sostenía en la sentencia de 2 de abril de 1999 (C-367/95).

En efecto, consideramos que carece de fundamento el reproche casacional que se formula a la sentencia de instancia por no individualizar la responsabilidad de cada una de las compañías navieras del Grupo Trasmediterránea, y por no identificar los elementos de hecho que conducen a establecer que la conducta de las sociedades filiales habría estado determinada por el Grupo Trasmediterránea, ya que resulta evidente que Compañía Trasmediterránea y Euroferrys, S.A., que conforman dicho Grupo empresarial, actuaron de forma coordinada en la adopción del acuerdo entre empresas navieras para la fijación de la tarifa de intercambio en los periodos analizados comprendidos en las Operaciones del Paso del Estrecho de Semana Santa 2008, verano 2008 y verano 2009, por lo que no apreciamos la infracción de lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley de Defensa de la Competencia, que dispone que, a los efectos de la aplicación de esta Ley, la



actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.

En este sentido, cabe poner de relieve que, conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 8 de marzo de 2002 (RC 8088/1997), no cabe apreciar la infracción del principio de individualización de las sanciones administrativas cuando la sanción se impone a la empresa matriz a causa de su actitud predominante en el seno de un comportamiento colectivo ilícito, lo que determina, en el supuesto enjuiciado -dada la integración de la Compañía Trasmediterránea, a quien se imputa la conducta constitutiva de la infracción muy grave de restricción de la competencia de fijación de las tarifas de intercambio, que fue seguida por su filial Euroferrys, S.A., en el Grupo Trasmediterránea-, que no resulte incoherente la imposición de la sanción a dicho Grupo empresarial.

TERCERO.- Sobre el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado.

El recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado no puede prosperar, porque descartamos que la Sala de instancia haya infringido los artículos 62.4 a), 63.1 c) y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al sostener que procedía una atenuación de la responsabilidad del Grupo Trasmediterránea, ateniendo a la concurrencia de circunstancias derivadas de un cambio normativo, que comportó que, con posterioridad a la comisión de los hechos infractores, la conducta fuera declarada legalmente exenta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia, y la propia actuación del Ministerio de Fomento, que determinó, con base en la aplicación del principio de proporcionalidad, la decisión de reducir el importe de la sanción de multa impuesta a una tercera parte, ya que no apreciamos que el Tribunal sentenciador haya realizado una valoración irrazonable o arbitraria de las circunstancias concurrentes.

En efecto, cabe consignar que la censura casacional que formula el Abogado del Estado a la decisión de la Sala de instancia de reducir la cuantía de la sanción pecuniaria impuesta por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en su resolución de 8 de septiembre de 2010, al importe de 650.000 €, se sustenta en el argumento de que la sentencia impugnada no explica los términos en los que ha hecho el juicio de proporcionalidad, que resultaba obligado -según se aduce- para ponderar las circunstancias atenuantes que aprecia, por lo que se trata de una declaración de voluntad inmotivada, pero sin exponer ninguna razón jurídica convincente sobre porqué se había aplicado indebidamente por el Tribunal sentenciador los criterios de graduación para la determinación del importe de las sanciones, establecidos en el artículo 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que, entre otros parámetros, contempla el alcance de la infracción, el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los usuarios o sobre otros operadores económicos, los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción, eludiendo la aplicabilidad del artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece que la sanción deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, y que prescribe que debe considerar, entre otros criterios, ponderar la existencia de intencionalidad y la naturaleza de los perjuicios causados, a lo que ha atendido la Sala de instancia, que ha tenido en cuenta para el cálculo del importe de la sanción que cabe imponer, el contexto jurídico y económico en que se produce la conducta que, atendiendo las específicas circunstancias del supuesto enjuiciado, determina apreciar la atenuación de la responsabilidad exigible.

Por ello, estimamos que el pronunciamiento de la Sala de instancia, en el extremo que declara la ilegalidad del importe de la sanción impuesta al Grupo Trasmediterránea por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en la resolución de 8 de septiembre de 2010, es acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las sentencias de 6 de junio de 2007 (RC 8217/2004) y 30 de septiembre de 2013 (RC 5633/2009), que exige a la Administración que individualice la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, puesto que el ejercicio de la potestad sancionadora es de carácter reglado; y está en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, expuesta en las sentencias de 30 de mayo de 2013 (C-70/12) y 29 de abril de 2015 (C-148/14), que obliga a las autoridades administrativas sancionadoras y a los tribunales de justicia, en su función de control de la legalidad de las sanciones administrativas impuestas por la Administración comunitaria, a considerar la totalidad de las circunstancias de hecho o de Derecho, específicas, así como tener en cuenta el comportamiento del presunto responsable, y la mala fe o el ánimo fraudulento, a los efectos de determinar el importe de la sanción de forma coherente y objetiva, con la debida observancia al principio de proporcionalidad.

En este sentido, cabe significar que el principio de proporcionalidad constituye un principio ordinamental del Derecho Administrativo sancionador, que se caracteriza como un límite a la potestad del legislador de



determinar las sanciones que corresponden a los ilícitos administrativos de orden material y de alcance absoluto, y que impone que haya una adecuada correspondencia entre la gravedad del incumplimiento de deberes jurídicos explícitos de trascendencia pública y las consecuencias que se derivan de la comisión de hechos tipificados como infracción; y es, a la vez, un principio constitutivo en la determinación de las sanciones que procede imponer por la comisión de hechos tipificados como infracción administrativa.

Y no podemos eludir que, conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, no compete a este Alto Tribunal, en el marco de la resolución de un recurso de casación, por su carácter extraordinario, sustituir la apreciación de la Sala de instancia cuando ésta se pronuncia sobre el importe de las multas, en atención a los diversos factores de hecho que estime concurrentes en cada infracción, salvo que dicha apreciación vulnere, por sí misma, una regla imperativa de derecho. Lo contrario equivaldría a transformar el recurso de casación en un nuevo examen general de los hechos y de sus circunstancias para decidir si una multa en concreto, impuesta dentro de los límites legales, es más o menos proporcionada. A salvo casos de irracionalidad o arbitrariedad, las apreciaciones de este género que hagan las Salas de instancia deben prevalecer en casación.

En último término, cabe poner de relieve que el cálculo de la sanción efectuado por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia se ha realizado partiendo de la aplicación de la fórmula contenida en la Comunicación de 6 de febrero de 2009, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, sin exponer con la precisión exigible cuáles son los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 64 de la Ley de Defensa de la Competencia, que han sido tenidos en cuenta para determinar el importe de la sanción en 2.000.000 de euros, por lo que, conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo, expuesta en las sentencias de 29 de enero de 2015 (RC 2872/2013), y 30 de enero de 2015 (RC 2793/2013), resultaba procedente la revocación judicial de dicha cuantificación, ya que el método de cálculo establecido por la Comisión Nacional de la Competencia, que pudiera ser aceptable en aplicación del artículo 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones que impone la Comisión Europea, no se aviene a la norma legal de competencia española.

En la referida sentencia de esta Sala jurisdiccional de 29 de enero de 2015 (RC 2872/2013), establecimos los criterios rectores para valorar la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos infractores del Derecho de la Competencia, en los términos que resulta adecuado consignar, por resultar plenamente aplicables al supuesto enjuiciado en este recurso de casación:

« [...] Esta Sala ha declarado (por todas, véanse las sentencias de 6 de marzo de 2003 y 23 de marzo de 2005, recursos de casación 9710/1997 y 4777/2002, respectivamente) que entre los criterios rectores para valorar la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos se encuentra el de que "[...] la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. Criterio que, aun no expresado literalmente en el artículo 10 de la Ley 16/1989 [tampoco explícitamente en la Ley 15/2007], puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) de su apartado 2, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 150 millones de pesetas hasta el diez por ciento del volumen de ventas de la empresa infractora (artículo 10 apartado uno). En todo caso, con o sin mención legal específica, corresponde a la naturaleza misma de la propia potestad sancionadora, como lo demuestra su posterior inclusión bajo la rúbrica del «principio de proporcionalidad» en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992 ».

[...] No debe olvidarse, en fin, que el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el marco de la cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias a las propias empresas, ciertas medidas punitivas previstas en la norma pero no siempre adoptadas en la práctica (como la contenida en el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, que permite imponer multas de hasta 60.000 euros a las personas que integran los órganos directivos de las empresas infractoras) o bien un marco procesal de acciones civiles que faciliten el efectivo resarcimiento de los daños ocasionados por las conductas anticompetitivas.

Precisamente la evolución del Derecho de la Competencia va dirigida a incrementar el nivel de disuasión efectiva contrarrestando los beneficios ilícitos derivados de las conductas restrictivas de la competencia mediante la promoción de las acciones de condena -en la vía civil- al resarcimiento de los daños causados por las empresas infractoras (daños a los consumidores y a otros agentes económicos que son normalmente el reverso del beneficio ilícito obtenido). Se pretende de este modo aumentar la capacidad de disuasión del sistema de defensa de la competencia en su conjunto, de modo que las empresas infractoras -y sus directivos- no sólo "sufran" la sanción administrativa correspondiente sino que, además, queden privadas de sus ilícitas ganancias indemnizando los daños y perjuicios causados con su conducta .».

En la mencionada sentencia de esta Sala jurisprudencial de 29 de enero de 2015, dijimos:



« [...]El ejercicio, por las autoridades de competencia como por el resto, de las potestades administrativas sancionadoras no puede olvidar que éstas se enmarcan en un contexto jurídico determinado, el constituido por los principios del Derecho sancionador, sin que consideraciones de otro tipo puedan prevalecer sobre las exigencias que constriñen aquel ejercicio. El conocimiento de aquellos principios y de las técnicas generales de aplicación de las normas de carácter punitivo se revela, en este contexto, como particularmente necesario. Y, en este mismo sentido, aunque las multas administrativas tengan sus propias notas conceptuales, no está de más recordar que las sanciones pecuniarias establecidas -también en el caso de las personas jurídicas- para los delitos tipificados en el Código Penal tienen igualmente unos máximos y mínimos que predeterminan la extensión de cada una, de modo que los jueces y tribunales han de imponer motivadamente las multas dentro de los límites fijados para cada delito. La predeterminación normativa de los máximos y mínimos de las multas, tanto penales como administrativas (y sean aquéllos fijos o porcentuales respecto de ciertas magnitudes), a los efectos de individualizar su cálculo bien puede considerarse un principio común insoslayable del Derecho sancionador. » .

En consecuencia con lo razonado, procede declarar no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por las mercantiles COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA, S.A. y EUROFERRYS, S.A. y por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo 608/2010 .

CUARTO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso de casación al quedar compensadas las de las partes recurrentes y las partes recurridas.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Primero.- Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de las mercantiles COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA, S.A. y EUROFERRYS, S.A. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo 608/2010 .

Segundo.- Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de de 31 de mayo de 2012, dictada en el recurso contencioso-administrativo 608/2010 .

Tercero.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Pedro Jose Yague Gil.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Eduardo Calvo Rojas.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Aurelia Lorente Lamarca.- Firmado.