

Id. Cendoj: 28079230062013100015
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 21/01/2013
Nº de Recurso: 603/2010
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a veintiuno de enero de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Forde Reederei Seetouristik Iberia S.L.** , y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Ramón Rodríguez Nogueira, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 8 de septiembre de 2010** , relativa a sanción, siendo codemandada **Ciudad de Ceuta** y la cuantía del presente recurso 500.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Forde Reederei Seetouristik Iberia S.L., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Ramón Rodríguez Nogueira, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 8 de septiembre de 2010, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno e igualmente hizo la codemandada.

TERCERO : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y

pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día quince de enero de dos mil trece.

CUARTO : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 8 de septiembre de 2010, expediente S/0080/08 por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 500.000 euros por resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 15/2007 de Defensa .

SEGUNDO : La Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos declara en su parte dispositiva, en lo que ahora interesa:

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

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

Tercero. Imponer las siguientes multas:

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

De los hechos declarados probados hemos de destacar:

"Sobre las características de los servicios de cabotaje de la línea Algeciras-Ceuta, la DI lo describe como sigue: "El servicio marítimo afectado en el expediente de referencia 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) sin menoscabo del concurso de las compañías navieras que decidan libremente operar en dicha línea en condiciones de continuidad, regularidad y frecuencia, establecidas reglamentariamente (folio 773). Consecuentemente, para los residentes en Ceuta, la ruta marítima es el único medio real y masivo de desplazamiento.

Dentro de la demanda conviene distinguir la de viajeros entre la Península y Ceuta y la de los emigrantes magrebíes en Europa, que regresan a sus lugares de origen desde sus lugares de residencia en Europa. La demanda de ciudadanos residentes en Ceuta no es muy grande en número, pero es bastante estable, con pequeños picos en diciembre y Semana Santa. Por el contrario, el tráfico de emigrantes magrebíes es muy elevado en número y con una fuerte estacionalidad (muy concentrado entre julio y septiembre)"

Respecto a las partes imputadas en la investigación y que operan en el mercado afectado, la DI acredita que son las siguientes: "En cuanto a la oferta, en la línea marítima entre Ceuta y Algeciras, durante el período denunciado operaban 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% (según Balearia, folio 199) y Balearia, una cuota del 30% o entre 30% y 40% (según Acciona, folio 99).

El 19 de julio de 2008 se incorporó FRS Iberia, S.L. (folio 857 y 1204), alcanzando una cuota de mercado del 10% (según Balearia, folio 199)... 2.3. Förde Reederei Seetouristik Iberia, S.L. (FRS Iberia S.L.).

De acuerdo con información pública disponible en la web de la empresa, FRS Iberia, S.L. forma parte del grupo alemán Förde Reederei Seetouristik GmbH & Co. Tal y como se ha señalado, FRS Iberia, S.L. comenzó a operar en la línea Algeciras-Ceuta el 19 de julio de 2008".

Respecto de la regulación, se afirma en la Resolución:

"El artículo 83 de la LPEMM, dispone: "Establecimiento de obligaciones de servicio público.

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

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

Desde el año 2006, el mismo en que el extinto TDC autorizó el Acuerdo Interlínea Algeciras-Ceuta (A354/05), la Secretaría General de Transportes, mediante Resolución, impone la obligación de intercambio de billetes en la línea Algeciras Ceuta (y en la línea Algeciras-Tánger) por causas graves de utilidad pública o interés social durante la OPE y también en otros periodos como Navidad y Semana Santa (folios 100 y 101).

En estas Resoluciones (entre otros, folios 131-155, 257-275, 566-583, 667-677, 816-821, 828-838) el Secretario General de Transportes, de acuerdo con el artículo 83.2 LPEMM, impone la obligación específica de intercambiar los billetes de transporte durante un período determinado y otras dos obligaciones accesorias e imprescindibles que consisten en llegar a acuerdos que incorporen una planificación de horarios de entrada y salida y un mecanismo de coordinación y compensación. Estas obligaciones son fundamentadas por razones de interés público. No obstante, en aras a procurar la menor intervención posible, el intercambio debe circunscribirse, exclusivamente, a los días en que se prevé la mayor afluencia de personas y vehículos. El incumplimiento de las obligaciones impuestas conllevará la apertura de procedimiento sancionador por infracción muy grave tipificada en la LPEMM, pudiendo acarrear una sanción máxima de 300.506,05 euros”.

Según la DGMM, la OPE, que está coordinada por la Dirección General de Protección Civil y Emergencias (Ministerio del Interior), es el dispositivo puesto en marcha para posibilitar que se lleve a cabo, con la máxima fluidez y eficacia, el tránsito de los ciudadanos magrebíes, o europeos de origen magrebí, que retornan al Norte de África desde sus ciudades de trabajo en Europa, para disfrutar sus vacaciones estivales y fiestas tradicionales en otras épocas del año, regresando a sus lugares de trabajo habitual al finalizar éstas (folio 774). La concentración de pasajeros en estas fechas constituye un fenómeno social y de orden público que es preciso organizar, instituyéndose así desde 1987 la denominada OPE.

La OPE transcurre en dos fases: operación salida y operación retorno, las cuales en conjunto, abarcan fundamentalmente el período comprendido entre el 15 de junio y el 15 de septiembre de cada año. En los últimos años se han establecido además operaciones de igual tipo cuando la Dirección General de Protección Civil ha considerado que podían producirse grandes aglomeraciones de pasajeros para pasar el Estrecho: coincidentes normalmente con Semana Santa, Navidad o la Fiesta del Cordero (folio 253 y 774).

La OPE actualmente conecta los puertos españoles de Alicante, Almería, Málaga, Melilla, Ceuta, Algeciras y Tarifa con los puertos marroquíes de Alhucemas, Nador y Tánger y con los puertos argelinos de Ghazaouet y Orán, configurando el siguiente esquema de líneas marítimas (folio 774):

- Algeciras-Ceuta-Algeciras; Málaga-Melilla-Málaga; Almería-Melilla-Almería.

- Algeciras-Tánger-Algeciras; Tarifa-Tánger-Tarifa; Almería-Nador-Almería; Almería-Alhucemas-Almería.

- Alicante-Orán-Alicante; Almería-Ghazaouet-Almería. De todos los flujos de pasajeros de la OPE, el 67% del tráfico de salida se concentra en las líneas con origen en Algeciras y destino Ceuta o Tánger y el 73% del tráfico de retorno se concentra en las líneas con origen en Ceuta o Tánger y destino Algeciras (folio 777).

En relación con la OPE, también el TDC ha considerado en sus resoluciones su importancia y particularidades. Así en el Fundamento de Derecho noveno del expediente A 354/05 manifestó que “Los antecedentes de hecho y doctrinales han puesto de manifiesto que la intercambiabilidad en época de OPE debe tratarse de forma diferenciada desde el punto de vista de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia. No puede pasar por alto a este Tribunal un cúmulo de sólidas razones que van desde la seguridad marítima hasta los problemas de índole social y orden

público, en un entorno de altas temperaturas de verano en el Sur de España, hacinamiento en las dársenas portuarias que no están preparadas para dar servicio a una población en espera durante mucho tiempo y, por supuesto, ingentes pérdidas de tiempo para los usuarios, en una situación de exceso de demanda que sin intercambiabilidad no hace sino agudizarse"...

Según las Resoluciones de la SGT las navieras afectadas deberán contemplar acuerdos que incorporen:

- una adecuada planificación de horarios de salida y entrada de buques, durante tales días (los determinados para la imposición de intercambiabilidad), autorizada por las Autoridades Portuaria y Marítima. Esta planificación deberá ajustarse a los principios de reducción al máximo de los tiempos de espera y de optimización del uso eficiente de las infraestructuras portuarias disponibles, garantizando la seguridad marítima y de la navegación.

- un mecanismo de coordinación y compensación que, basado en el régimen tarifario de los servicios de transporte prestados por las distintas navieras, establezca garantías del cobro de los mismos.

Se exige también la validez común de las tarjetas de embarque de las empresas navieras participantes, durante los días en que se prevé mayor afluencia de pasajeros y vehículos. Según la DGMM, dado que el acceso de vehículos a la explanada de embarque debe realizarse a cualquier hora y de acuerdo con el billete emitido a través de la cabina de la compañía que corresponda, las compañías deben proporcionar una tarjeta de embarque única, universal y apta para embarcar cuando llegue su turno en el primer ferry disponible (folios 783 y 788).

De acuerdo con la DGMM, "parece lógico pensar que la obligación de intercambiar billetes conlleve similitud de precios. A tal fin las navieras tienen "acordada", desde que se utiliza el mecanismo de intercambio obligatorio, una tarifa de intercambio para residentes y una tarifa de intercambio para no residentes. Es en base a esta tarifa de intercambio, como las navieras se compensan las liquidaciones, independientemente de que el billete utilizado sea una oferta, de grupos o cualquier otro..." Asimismo, de acuerdo con las resoluciones de la SGT "Las compañías navieras afectadas enviarán a la DGMM un compromiso fehaciente de la compensación de servicios prestados a través de la intercambiabilidad de billetes, así como las garantías previstas para ello" (folio 780 y 783).

El período de tiempo efectivo de duración de la obligatoriedad de intercambio viene dado por la activación de dicha imposición por el Capitán Marítimo en función de una previsión más ajustada de los días de afluencia masiva de pasajeros, de la flota en operación y de la capacidad del puerto (folio 784).

Los horarios deben ser planificados y enviados a las Autoridades Portuarias y a las Capitanías Marítimas. Esta planificación debe hacerse, según la DGMM, teniendo en cuenta que el puerto de Ceuta sólo tiene dos atraques útiles para el tipo de buque que realiza la línea entre Algeciras y Ceuta (folio 254 y 843)".

Respecto de las tarifas se afirma:

"1. Antes del período de intercambio determinan los precios de intercambio y las garantías.

1. 1. Determinación de los precios de intercambio

En primer lugar cada naviera comunica, a cada una de las restantes obligadas a intercambiar, sus tarifas de intercambio. Esta tarifa es el precio de compensación, es decir la tarifa a pagar a, o a cobrar de, las otras navieras por el transporte de pasajeros y/o vehículos que dichas navieras realicen por cuenta de otra o viceversa.

Estas tarifas, deberán, a su vez, aceptarse por cada una de estas compañías. Para ello, y según Balearia, estudian las tarifas de intercambio recibidas y verifican la justa equivalencia de los servicios a prestar en razón a sus características (confort del buque, etc.).

Según FRS Iberia S.L. (en el verano de 2008, FRS (que se incorporó a la línea el 19 de julio) no participó en esta fase sino que se acogió a lo anteriormente acordado por Trasmediterránea y Balearia), que sólo ha participado en la fase de fijación de tarifas para la OPE de 2009 (sin perjuicio de que aplicase las tarifas acordadas por las navieras del Grupo Balearia y de Trasmediterránea/Grupo Acciona en el verano de 2008), la comunicación para llegar a determinar el precio se realizó manteniendo los contactos mínimos necesarios (sin que exista documento alguno al respecto que puedan aportar) con el personal de las navieras de ambos grupos con el objeto de establecer un precio de referencia para el intercambio durante la OPE 2009.

Según Trasmediterránea, también se procede a informar a los Capitanes Marítimos de Algeciras y Ceuta de las tarifas comunicadas a cada una de las restantes navieras. Además, de acuerdo con Balearia, se notifica la planificación de horarios a la DGMM.

1. 2. Determinación de las garantías

Se comunica al resto de navieras el modo de asegurar el cobro, así como el importe de dichas garantías financieras para finalmente intercambiar los correspondientes avales con las otras compañías.

1. 3. Otro tipo de comunicaciones administrativas necesarias

Según FRS, al comienzo del intercambio las navieras se comunican, informando al resto de determinados aspectos administrativos, por ejemplo, títulos de transporte válidos para el intercambio, procedimiento a seguir con títulos no válidos (justificantes de reservas electrónicas, billetes manuales y bonos,...). En ocasiones se dan también situaciones imprevistas que requieren la comunicación entre navieras durante el intercambio, por ejemplo, para informarse de la detección de billetes falsos. 2. Durante y después del intercambio: Procedimiento administrativo de facturación, revisión y liquidación.

2.1. Facturación

Si finalmente se activa el intercambio, los billetes intercambiados se contabilizan por los departamentos de administración o facturación, que posteriormente emiten una factura a cargo de cada una de las navieras que hubieran emitido dichos billetes. La factura es remitida a cada naviera junto con los billetes emitidos por ella, para su comprobación.

2.2. Liquidación

Completada la revisión por ambas partes y una vez obtenida la aceptación por parte de la compañía correspondiente, se procede a realizar la compensación de saldos, es decir, al pago neto de las facturas emitidas y recibidas.

La emisión de la factura y su liquidación puede realizarse al final del período de intercambio, si es breve, o durante el período de intercambio (cada diez días), si es más amplio".

TERCERO : En los fundamentos jurídicos de la Resolución impugnada podemos leer:

"Los efectos anticompetitivos de la intercambiabilidad de billetes en las líneas de cabotaje que unen puntos de la península con otros puntos del norte de África han sido objeto de análisis por las autoridades de competencia españolas desde al menos el año 1990, habiéndose pronunciado siempre en el sentido de que dicha intercambiabilidad suponía una alteración de las condiciones de competencia. Las Resoluciones del TDC en esta materia han sido claras, pues se han denegado Autorizaciones Singulares, se han sancionado a las empresas navieras por distintos acuerdos de intercambio de billetes y fijación de precios, y sólo en dos ocasiones se han otorgado sendas Autorizaciones Singulares (1990 y 2006) por valorar que, tras ciertos cambios en los acuerdos, se podía apreciar el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 3.1 de la Ley 16/1989 para que temporalmente dichos acuerdos quedaran exceptuados de la aplicación del artículo 1, sujetos a determinadas condiciones. Es decir, la declaración de que este tipo de acuerdos (incluidos los que se han beneficiado de una Autorización Singular) incumplen el artículo 1 de la LDC ha sido una constante por parte del TDC, y además la ilicitud sancionada en estas resoluciones han sido ratificadas primero por la Audiencia Nacional (AN) y después por el Tribunal Supremo (TS). La RTDC 543/02 TRASMEDITERRANEA/EUROFERRYS/BUQUEBUS de 13 de junio de 2003 , fue recurrida ante la AN y desestimada por ésta en su SAN de 7 de abril de 2006 , que fue recurrida ante el TS, quien desestimó el recurso mediante STS de 3 de febrero de 2009 .

Las resoluciones de la SGT, conocidas como Resoluciones OPE, regulan la obligatoriedad de intercambiar billetes entre las navieras que operan una determinada línea regular en un determinado periodo, de tal forma que el titular de un billete tendrá derecho a embarcar en el primer buque disponible en puerto, independientemente de que dicho buque pertenezca a la naviera que le ha emitido el billete o no. Por ejemplo el titular de un billete emitido en febrero, por la compañía A, para viajar en Semana Santa, podrá hacer uso del servicio con la compañía B, si el día que viaja se declara finalmente día OPE. Es decir ocurrirá que una naviera factura el billete y por tanto percibe la remuneración de un servicio que finalmente prestará otra naviera que no ha percibido ingreso alguno por dicho servicio. Consecuentemente entre ambas navieras deberá haber una posterior liquidación y compensación entre los billetes emitidos y los servicios realmente prestados. Sin embargo, esta regulación, fundamentada por la SGT en aras del interés general por la supuesta especificidad del servicio, no está exenta de importantes efectos anticompetitivos en el mercado en el que se aplica, en el que operan diversas navieras en un régimen económico de libre competencia. Efectos que terminarán redundando en una menor competencia y en un mayor nivel de precios, en perjuicio del consumidor final, al que supuestamente se pretende proteger.

El precio al que la compañía A deberá pagarle a la compañía B la prestación del servicio que el pasajero ha recibido es lo se liquida y se denomina la Tarifa de Intercambio. Pues bien, desde el punto de vista de la competencia este tipo de

actuaciones genera un doble efecto: la tarifa de intercambio se convierte en una suerte de precio mínimo, y además ese precio mínimo vendrá determinado por el más caro de los mercados por los operadores presentes en el mercado. ¿Por qué?, pues en primer lugar porque en presencia de intercambiabilidad amplia (es decir, se obliga al intercambio de cualquier billete emitido) se desincentiva una política comercial de descuentos, ya que una naviera que está comercializando sus billetes con descuentos y promociones sobre las tarifas generales, no tendrá incentivos a realizar descuentos si prevé que esos billetes que está vendiendo con descuento serán finalmente objeto de intercambio en días OPE, pues podrá ocurrir que la tarifa que la naviera emisora debe pagar a la naviera que realiza el servicio sea mayor o igual que la tarifa de promoción, y en tal caso no le sería rentable seguir vendiendo a dicha tarifa de promoción. Por ello la tarifa de intercambio se convierte en una suerte de precio mínimo, nadie querrá vender por debajo de ese precio so pena de incurrir en pérdidas. En segundo lugar ocurre que las navieras han de revelarse sus tarifas de intercambio, lo que supone un intercambio de información entre las navieras si no hay un mecanismo que lo impida. ¿Y que representan realmente las tarifas de intercambio?, pues deberían ser para cada naviera su precio de venta al público, neto de gastos de comercialización, es decir, cada naviera esperará ingresar por un pasajero transportado de otra compañía como mínimo lo que ingresaría por un pasajero propio. Por lo tanto la tarifa de intercambio supone revelar el total de los costes de prestación del servicio más el margen empresarial.

Así, ocurrirá que las empresas que podrían vender sus billetes a precios más bajos se encontrarían teniendo que abonar a las empresas transportistas con mayores precios tarifas de intercambio superiores a las propias, con lo cual se encontrarían sin beneficio empresarial alguno. Para evitar esta situación las empresas de menor precio alinearán sus tarifas de intercambio con las de mayor precio, y por ello la tarifa de intercambio, esa suerte de precio mínimo, se situará al nivel del precio de las empresas más caras.

El resultado es una falta de incentivos a competir que redundará en un sistema más ineficiente y consecuentemente en unos mayores precios a los consumidores."

Y se añade:

"Los hechos acreditados en el expediente revelan que las cinco empresas imputadas en el expediente han llevado a cabo un intercambio de billetes durante los periodos OPE de Semana Santa de 2008, verano de 2008 y verano de 2009 sin ningún tipo de salvaguarda de la naturaleza de las contenidas en el reglamento citado en el anterior fundamento de derecho, ya que las empresas imputadas llevaron a cabo el intercambio no solo sin contar con una suerte de cámara de compensación que impidiese el intercambio de información comercialmente sensible, sino que además acordaron una única tarifa de intercambio para cada uno de los tres periodos imputados en la línea Algeciras- Ceuta. Además, en el caso de la Semana Santa de 2008 también se intercambiaron información sobre sus precios de venta al público, y sobre sus costes de comercialización... Además de intercambiarse información absolutamente innecesaria para fijar las tarifas de intercambio, como son los Precios de venta al público y los gastos de comercialización, tampoco las partes instaron la creación de una Cámara de Compensación, sino que se liquidaban directamente."

CUARTO : La Resolución hoy impugnada ha sido objeto de examen en nuestra sentencia de a treinta y uno de mayo de dos mil doce, dictada en el recurso 608/2009 , cuyo criterio hemos de seguir como consecuencia del principio de igualdad de trato

en la aplicación de la Ley. De tal sentencia hemos de destacar:

"En la tramitación del expediente ha sido acreditado que:

- El servicio marítimo afectado en este litigio es el que cubre las conexiones regulares entre Ceuta y Algeciras. Esta línea tiene una regulación específica debido a su situación geográfica (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, Eurolineas 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 & amp; Co.

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

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

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

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

"1. La Administración competente podrá establecer obligaciones de servicio público en

aquellos servicios regulares de navegación interior y de cabotaje en que así lo estime pertinente, en atención a sus especiales características, con la finalidad de garantizar su prestación bajo condiciones de continuidad y regularidad. Dichas obligaciones podrán, en su caso, dar derecho a compensaciones económicas por parte de la Administración, en las condiciones que se determinen con carácter general o bien en las correspondientes autorizaciones.

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

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

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

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

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

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

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

- 1 treinta de junio de dos mil cinco . Recurso contencioso-administrativo número 477/03. Recurrente BUQUE BUS ESPAÑA, S.A., resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de junio de 2003 (expediente 543/02, Trasmediterránea/Euroferrys/Buquebús). Sanción por conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia, consistentes en que las empresas expedientadas habían establecido un acuerdo para ofertar conjuntamente los servicios de transporte que realizan entre Ceuta y la Península, unificando los precios y repartiéndose el pasaje. El TDC consideró que constituye un acuerdo anticompetitivo prohibido por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , y la Sala lo confirma.

En dicha sentencia se analiza la negativa del TDC a conceder una autorización por no estar acreditada la concurrencia de los requisitos del art. 3.1 LDC , "por tratarse de un acuerdo restrictivo de la competencia, que no aparece justificado fuera de los meses de la OPE en los que se concentra la mayor afluencia de viajeros (el 37% y se llega al 43% de los vehículos transportados), respecto de los que ya existe autorización de la intercambiabilidad, y de aquellos otros breves períodos vacacionales (Navidad, Semana Santa, Puentes...) si bien para estos últimos, tal y como indicara el SDC no se ha formulado tal solicitud".

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

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

- 3 siete de abril de 2006 , recurso 483/2003. Recurrente Europa Ferrys S.A ., Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 13 de junio de 2003 (expediente 543/2002). Sentencia desestimatoria. Sentencia del Tribunal Supremo de tres de febrero de dos mil nueve . Confirma la sentencia de la AN.

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

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

- 5 veintinueve de diciembre de 2.006 , recurso 327/2004 promovido por EuropaFerrys, S.A. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 21

de junio de 2.004, dictada en el expediente sancionador 555/903. La sentencia es desestimatoria. El Tribunal Supremo confirma la sentencia por otra de tres de febrero de dos mil nueve .

- 6 veintinueve de diciembre de 2.006 recurso número 382/2004 interpuesto por Lignes Maritimes du Detroit. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 21 de junio de 2.004, dictada en el expediente sancionador 555/903. La sentencia es desestimatoria. El Tribunal Supremo confirma la sentencia por otra de doce de mayo de dos mil diez .

- 7 quince de junio de dos mil siete recurso contencioso administrativo 314/2004. Recurrente Compañía Transmediterránea Resolución de 21 de junio de 2004, (expte. 555/03), Práctica prohibida por el art. 1 a) de la Ley de Defensa de la Competencia por haber realizado acuerdos consistentes en la adopción por parte de las empresas imputadas de idénticas tarifas para viajeros y vehículos en la línea de transporte marítimo Algeciras-Tánger-Algeciras. Confirmada por sentencia del Tribunal Supremo 1 de julio de 2010 .

- 8 seis de julio de dos mil siete recurso contencioso administrativo 326/04-, (expte. 555/03). Recurrente Companie Marocaine de Navigation. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2004, sobre sanción por la realización de práctica prohibida, por la realización de acuerdos consistentes en la adopción por parte de las empresas imputadas de idénticas tarifas para viajeros y vehículos en la línea de transporte marítimo Algeciras-Tánger-Algeciras. Confirmada por sentencia del Tribunal Supremo 1 de julio de 2010

- 9 Sentencia dictada por esta Sala y Sección el día 20 de febrero de 2012 en el recurso contencioso administrativo núm. 595/2010 interpuesto por EUROMAROC 2000 SL. y BUQUEBUS ESPAÑA S.A.U contra el mismo acuerdo de la CNC de 8 de septiembre de 2010 que es objeto de estos autos.

QUINTO -. Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

- Inexistencia de antijuridicidad, las actoras, se vieron obligadas a cumplir lo impuesto por la Secretaría General de Transportes mediante el establecimiento de un método diferente a la fijación de una tarifa única de intercambio para llevar a cabo el sistema de compensación por el intercambio de billetes exigido. En resumen: que la única manera de llevar a cabo las obligaciones impuestas por la SGT era mediante la fijación de una tarifa única alineada con el precio más alto.

- Puesto que la conducta enjuiciada procede del cumplimiento de una obligación de servicio público, impuesta por la ley, ha de considerarse como una conducta exenta de las normas del Derecho de la Competencia según lo dispuesto en el art. 4 LDC

- No se ha incumplido, por inaplicable, el Acuerdo del TDC de 30 de mayo de 2006.

- El legislador autoriza la práctica llevada a cabo mediante la Disposición Adicional 27 de la Ley 33/2010 de 5 de agosto .

- Subsidiariamente, la ausencia de culpabilidad y la razonabilidad de la conducta sancionada.

- *Falta de individualización de la sanción impuesta en relación con Transmediterranea y Euroferries.*

- *Falta de proporcionalidad de la multa impuesta.*

Por su parte el Abogado del Estado considera que las resoluciones de las OPE de la SGT no imponen la obligación de adoptar los acuerdos entre empresas competidoras que constituyen el sustrato fáctico del expediente. Es más, agravaría su conducta el conocimiento directo y exacto que las empresas tienen de los efectos negativos para la competencia de su modo de actuar. Concluye que, no solo conocía la recurrente la tipicidad de su conducta sino también lo que debería haber hecho para respetar la LDC.

En relación con el acuerdo dictado en el expediente de autorización singular, se trata de sancionar una conducta con base en los mismos razonamientos ya expuestos en aquella resolución.

Continúa señalando que la conducta es antijurídica, porque ni la LPEMM ni la SGT imponen la obligación de adoptar la conducta sancionada, y la recurrente lo que hizo fue cumplir las resoluciones de la SGT de modo especialmente anticompetitivo. La exención introducida en la ley de PMM no es aplicable al supuesto enjuiciado por no estar en vigor en el momento en que se cometieron las conductas sancionadas. El precepto, por otra parte, no hace sino concretar qué obligaciones establecidas al amparo del art. 83 LPEMM están exentas de la LDC . Por otro lado, al no ser la D.A.27 una disposición sancionadora no procede su aplicación retroactiva por ser más favorable, y no constituir ni directa ni indirectamente una destipificación de la conducta infractora.

Alega la concurrencia de culpabilidad, la procedencia de la sanción conjunta a ambas empresas, y la proporcionalidad de la sanción impuesta."

QUINTO : Respecto a la antijuridicidad de la conducta, se afirma en la citada sentencia:

"SEXTO -. 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 1572007 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/I.981 hasta la 61/I.990) que han establecido que el principio de legalidad sancionadora constituye un verdadero derecho subjetivo de carácter fundamental, que en sentido material supone una concreción del principio de seguridad jurídica y en sentido formal exige el rango formal de ley, como señaló la sentencia citada del T.C. 61/90 .

El principio de tipicidad, 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 fue 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."

En cuanto a la confianza legítima se afirma:

"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 1990258), y ha sido aplicado posteriormente por el mismo Alto Tribunal en el ámbito del derecho de la competencia, así en STS de 28 de julio de 1997 (RJ 1997890) y 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000047). De acuerdo con esta última sentencia, el principio de confianza legítima debe aplicarse "...cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le... (al particular beneficiado)... induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de actuación administrativa."

En la sentencia que comentamos, el signo externo suficientemente concluyente consistió en la admonición de la Administración, precisamente del Ministerio de Educación y Ciencia, a los editores de libros y material de enseñanza, de la necesidad de que las subidas de precios de los libros de texto fueran limitadas. Es decir, existió una recomendación expresa, probada en el procedimiento, de la Administración a una Asociación de empresarios para que limitaran unos aumentos de precios.

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

Los signos externos de la Administración suficientemente concluyentes, que invoca la sociedad recurrente y que amparan la confianza en la legitimidad del acuerdo anticompetitivo de intercambio de billetes, cualquiera que sea la empresa naviera que lo hubiera emitido, se refieren inequívocamente a la operación "paso del Estrecho", pero no al resto del año. Así resulta del escrito del Ministerio de Fomento obrante en las actuaciones (folios 117 y 118), que indica que los acuerdos de intercambiabilidad los establecen las propias compañías y que las Administraciones española y marroquí solicitan la adopción de dicha medida, que constituye una característica de la operación "paso del Estrecho" que comprende desde el 15 de junio al 15 de septiembre. Pero no

existe en el expediente dato alguno que permita extender esos signos externos de la Administración a la intercambiabilidad de billetes durante la operación de paso del Estrecho al resto del año, antes al contrario, la intercambiabilidad se basa en las especiales circunstancias de afluencia de viajeros que concurren en esas fechas estivales, durante las cuales las Autoridades españolas y marroquíes adoptan distintas medidas de seguridad y de otro tipo, que tienden a facilitar y hacer más fluido el paso de la avalancha de pasajeros y vehículos que cruzan el Estrecho en esas fechas, pero dicha operación tiene una duración conocida por las navieras, que es la indicada entre el 15/06 a 15/09 de cada año. En el resto del año no concurren esas circunstancias excepcionales de afluencia de viajeros y vehículos, ni existe indicación alguna por parte de la Administración para la adopción de medidas especiales, por lo que no hay razón alguna que justifique el mantenimiento por las navieras de la intercambiabilidad, que es un acuerdo anticompetitivo prohibido por el artículo 1 LDC ." (fundamento jurídico 7)".

En 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."

Respecto de las cuantías de la sanción impuesta se afirma:

"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."

Pues bien, los razonamientos expuestos son íntegramente aplicables al presente recurso, así como la valoración de la suma que ha de constituir la multa. Aplicando el criterio señalado, la multa impuesta a la actora ha de ser de 166.666 euros.

No procede imposición de costas conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

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

FALLAMOS

Que **estimando parcialmente** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Forde Reederei Seetouristik Iberia S.L.** , y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Ramón Rodríguez Nogueira, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 8 de septiembre de 2010** , debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la cuantía de la sanción impuesta, y en consecuencia **debemos anularla** y la **anulamos** en tal extremo, **declarando** que la multa lo es de 166.666 euros (ciento sesenta y seis mil seiscientos sesenta y seis) y **confirmándola** en sus restantes pronunciamientos, sin imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.