

Id Cendoj: 28079230062007100365  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 326/2004  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO  
Tipo de Resolución: Sentencia

## **SENTENCIA**

Madrid, a seis de julio de dos mil siete.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 326/04, seguido a instancia de la "Compagnie Marocaine de Navigation", representada por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Perlado, con asistencia letrada y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Ha comparecido, en calidad de codemandado la "International Maritime Transport Corporation", con asistencia letrada y representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Isabel Campillo González.

El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), la cuantía se estimó indeterminada, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En fecha 21 de junio de 2004, en el seno de un procedimiento seguido contra la recurrente por presuntas conductas prohibidas, se dictó resolución por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en cuya parte dispositiva, se dispone:

1º Declarar que la Compañía recurrente, entre otras, ha incurrido en una 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 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 y en el mantenimiento durante todo el año de los acuerdos de intercambiabilidad de billetes adoptados excepcionalmente durante la Operación Paso del Estrecho.

2º Imponer a la recurrente una multa de 300.000 #.

3º Intimar a la recurrente para que se abstenga en lo sucesivo de realizar las prácticas sancionadas.

4º Ordenar a la recurrente la publicación de la parte dispositiva del Acuerdo en el BOE y en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de entre los cinco de mayor difusión en

el ámbito nacional.

Son hechos de necesario conocimiento para enjuiciar la cuestión planteada los siguientes:

1) El servicio regular de transporte marítimo de pasajeros y carga rodada entre los puertos de Algeciras y de Tánger era atendido por la Compañía Transmediterránea hasta 1973, fecha a partir de la cual empezó a prestarse por otras compañías, entre ellas la recurrente, operando todas ellas con buques tipo ferry con capacidad para pasajeros y vehículos.

2º Desde la fecha de su incorporación al servicio todas las Compañías han mantenido un acuerdo permanente de equiparación de tarifas para los distintos tipos de pasajeros y vehículos en virtud del cual las categorías y clases de billetes y los precios correspondientes a cada uno de ellos han sido en todo momento idénticos, al igual que sus modificaciones ocurridas el 15 de junio de 1998, el 9 de marzo de 2000 y el 21 de diciembre de 2000.

3º También todas las Compañías adoptaron acuerdos de intercambiabilidad de billetes y de reparto de horarios en sus respectivos viajes durante todo el año y no sólo durante las fechas estivales comprendidas en la llamada Operación Paso del Estrecho en la que, alentado por la Administración, se adoptan medidas excepcionales en ese sentido por razones operativas.

SEGUNDO.- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho.

La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1) Caducidad del procedimiento sancionador: el expediente se admitió a trámite por providencia de 24 de febrero de 2003 y la resolución del TDC se notificó el 21 de junio de 2004 (notificada el 23 siguiente), sin que el plazo establecido en el *artículo 56 de la LDC* para resolver de 12 meses y 30 días se haya visto interrumpido por la práctica de un diligencia para mejor proveer acordada el 29 de enero de 2004 que califica de fraudulenta a estos efectos. En cualquier caso el TDC no notificó la resolución antes de vencer el plazo establecido para ello (después de la vista o conclusiones y antes de dictar la resolución).

2) Error del TDC en la apreciación de una infracción del *art. 1 de la LDC* : no existe prueba sobre la existencia de concertación, ni los acuerdos investigados tenían por objeto restringir la competencia, ya que fueron instados por las autoridades marroquíes y españolas por razones humanitarias. En este sentido se afirma que: las tarifas aplicadas se han mantenido inalterables durante años y no han resultado excesivas en relación con los precios aplicados en el mercado; que los acuerdos no constituían prácticas secretas y eran conocidos por las autoridades con aceptación de los usuarios. Tampoco se ha acreditado que los acuerdos denunciados hayan tenido un efecto contrario a la libre competencia, con invocación del *art. 84 de la Ley 27/1992. Concluye* , afirmando, que los acuerdos investigados constituyen una práctica normal y generalizada en el sector, admitida incluso por la Comisión Europea.

3) Falta de culpabilidad de la recurrente: la intervención de la Administración excluye la culpabilidad.

4) No se han acreditado efectos restrictivos de la competencia.

5) Falta de proporcionalidad de la sanción impuesta: los acuerdos no perseguían los objetivos de un cártel, han contribuido a favorecer el funcionamiento del mercado y el TDC sólo debería haber tomado en consideración el volumen de ventas generado por cada compañía marítima en los meses fuera de la OPE en los que se genera menos del 50% del volumen de ventas.

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente: 1) en cuanto a la caducidad del procedimiento señala que, el plazo máximo para la resolución de 12 meses fue interrumpido por la diligencia para mejor proveer dictada el 29 de enero de 2004, pudiendo a lo sumo hablarse de una irregularidad invalidante; 2) en cuanto al fondo del asunto, se remite a la resolución del TDC, siendo clara la existencia de concertación; 3) la adopción de acuerdos alentados por las autoridades implicadas en virtud de Acuerdos internacionales sólo cabe en épocas limitadas del año y por razones justificadas, lo que no permite la práctica generalizada de la actividad en los términos contemplados; 4) no es necesario realizar una delimitación exacta del mercado afectado, pues el precepto aplicado es el *art. 1 de la LDC* ; y, 5) la sanción es proporcionada y ha tenido en

cuenta las *circunstancias del art. 10 LDC* .

CUARTO: D<sup>a</sup>. María Isabel Campillo García, en la representación que ostenta, se opuso a la demanda con los siguientes argumentos: 1) en cuanto a la caducidad del procedimiento señaló que, la diligencia para mejor proveer adoptada por el TDC ha interrumpido el plazo del año para resolver y se adoptó con todos los requisitos exigidos, invocando, además, el interés público (*art. 92.4 Ley 39/1992* ); 2) infracción del *art. 1 LDC* , la eventual autorización de la conducta se limitaba a un período determinado y la recurrente extendió su conducta a todo el año, 3) es irrelevante el efecto que un acuerdo restrictivo no tenga efecto sobre la libre competencia a los efectos del *art. 1 LDC* ; 4) los acuerdos nunca fueron de conocimiento público y la eventual pasividad de los usuarios no exime a la recurrente del cumplimiento de sus obligaciones; 5) no existe el amparo del *art. 84 de la Ley 27/1992* , de acuerdo con lo informado por el SDC y es llamativo que, si se invoca ese artículo, se pida una autorización singular; 6) no se acredita que la actuación de la recurrente obedezca a una práctica generalizada; 7) sobre la culpabilidad de la recurrente, señala que su conducta ha sido deliberada y plenamente consciente; 8) acreditación de los efectos restrictivos de la competencia, su concurrencia ha sido plenamente acreditada; y, 9) proporcionalidad de la sanción, estima incluso insuficiente la sanción impuesta a la recurrente mostrando su disconformidad con las cifras de negocio dadas por válidas por el TDC.

QUINTO:.- Sin apertura de período probatorio, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

SEXTO:.- Señalado el día 19 de junio de 2007 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEPTIMO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso, declarar que la Compañía recurrente, entre otras, ha incurrido en una 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 y en el mantenimiento durante todo el año de los acuerdos de intercambiabilidad de billetes adoptados excepcionalmente durante la Operación Paso del Estrecho.

SEGUNDO: Antes de entrar en el examen de la cuestión de fondo anunciada debemos pronunciarnos sobre la alegada caducidad del procedimiento que invoca la parte recurrente. Son hechos admitidos por todas las partes que el expediente tuvo su entrada en el TDC el 24 de febrero de 2003, y que la resolución que le puso términos fue notificada a la recurrente el 23 de junio de 2004, existiendo una diligencia para mejor proveer acordada por el TDC el 29 de enero de 2004.

Si bien es evidente que la resolución objeto de recurso se notifica una vez a transcurrido el plazo a que se refiere el *art. 56 de la LDC* , no por ello necesariamente debe acordarse la declaración de caducidad del expediente, pues en definitiva, esta declaración dependerá de la procedencia de la diligencia para mejor proveer acordada por el TDC y de su valor interruptivo del plazo de caducidad. A estos efectos debe tenerse en cuenta lo dicho por el propio TDC en el FJ 4 de su resolución, ya que esta cuestión también fue planteada en vía administrativa. Además de lo dicho, en esa instancia debe recordarse que las diligencias para mejor proveer son una facultad de las que dispone el TDC para completar la información de la que dispone y por lo tanto su adopción en plazo tiene el efecto interruptivo correspondiente. Estas diligencias se acordaron una vez transcurrida la práctica de la prueba, cuando el TDC disponía de la información necesaria para resolver el expediente y decidir, con pleno fundamento, si ésta debía ser ampliada. Ciertamente y en esto debe darse la razón a la recurrente, la decisión del TDC es defectuosa desde el punto de vista procesal, pues el *art. 42 de la LDC* claramente indica que, estas diligencias podrán acordarse después de la vista o transcurrido el plazo para formular conclusiones. Sin embargo, no puede dejarse de valorarse la actuación procesal de las partes que han alargado al máximo la duración del procedimiento y que han colocado al TDC en la situación de acordar esta medida, que estimaba necesaria, antes de la emisión del trámite de conclusiones o vista, lo cual si bien resulta atípico desde el punto de vista de norma y constituye una clara infracción procesal, ha determinado una concentración de actuaciones que no ha supuesto indefensión para la parte ni merma de sus posibilidades de defensa, respetándose el plazo de resolución. Por ello, no puede accederse a la petición de caducidad del procedimiento formulada.

TERCERO: En cuanto al fondo del asunto, debemos concluir, de acuerdo con el TDC que, el recurso

debe ser desestimado y debemos declarar ajustada a derecho la resolución impugnada. En efecto, no existe *disposición en el Convenio Hispano Marroquí de 29 de diciembre de 1979* que ampare la conducta declarada como probada, ya que dicho Convenio no excluye la aplicación de las reglas de la competencia. Por otra parte, la intervención de las autoridades en orden a favorecer o consentir este tipo de Acuerdos, se limita al período estival en atención a las singulares circunstancias que concurren en la llamada Operación del Paso del Estrecho que concita un importante volumen de población en tránsito, que debe ser atendido con técnicas excepcionales entre las que pueden encontrarse los Acuerdos denunciados, sin que la práctica de estos Acuerdos pueda justificarse durante el resto del año. La alegación relativa a la falta de culpabilidad de la recurrente debe descartarse en la medida en que resulta probado, y así se deduce de su propia demanda, su pleno conocimiento de la situación y la voluntariedad con la concurre en este régimen restrictivo de la competencia. La existencia de los Acuerdos cuya prueba se cuestiona en el escrito de demanda, queda evidenciada por la propia demanda, que implícitamente admite su existencia cuando trata de justificarlos invocando la conducta de las autoridades. Tampoco puede admitirse que la práctica realizada por la recurrente, que admite que era generalizada, esté amparada por el *art. 84 de la Ley 27/1992*, como puso de manifiesto la codemandada en su escrito de contestación a la demanda en unos términos que esencialmente asumimos y a los que nos remitimos (pág. 6 y ss. del escrito de contestación), sin que tenga mayor relevancia tratándose de una infracción del *art. 1 LDC* el hecho de que los acuerdos denunciados hayan tenido mayor o menor incidencia en el mercado. Finalmente, sólo cabe indicar que tampoco se ha infringido el principio de proporcionalidad en la medida en que la sanción se ha impuesto en su grado mínimo y el TDC ha tomado en consideración las *circunstancias del art. 10 de la LDC*, motivando su decisión. También resulta conveniente recordar que este Tribunal ha dictado la Sentencia de 9 de diciembre de 2005 (rec. nº 341/2004), que desestima una cuestión sustancialmente idéntica a la planteada que implica a la misma recurrente.

CUARTO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *art. 131 de la LJCA*.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente:

## FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y confirmamos el acto impugnado. Sin costas.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el *art. 248 de la LOPJ* al tiempo de notificar esta Sentencia de indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.

PUBLICACION. La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública.