

Id. Cendoj: 28079130032009100378
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 03/11/2009
Nº de Recurso: 1820/2007
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA (expte. 555/03 TDC; 2261 SDC): ACUERDO PARA ADOPCIÓN DE IDÉNTICAS TARIFAS PARA VIAJEROS Y VEHÍCULOS EN LA LÍNEA DE TRANSPORTE MARÍTIMO ALGECIRAS-TÁNGER-ALGECIRAS Y MANTENIMIENTO TODO EL AÑO DE ACUERDOS DE INTERCAMBIABILIDAD DE BILLETES ADOPTADOS EXCEPCIONALMENTE DURANTE OPERACIÓN DEL ESTRECHO; art. 1.1.a) Ley 16/89 de Defensa de la Competencia.Europa Ferrys S.A.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Noviembre de dos mil nueve

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1.820/2.007, interpuesto por EUROPA FERRYS, S.A., representada por el Procurador D. José Manuel Villasante García, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 29 de diciembre de 2.006 en el recurso contencioso- administrativo número 327/2.004, sobre sanción por adopción de tarifas idénticas para viajeros y vehículos en la línea de transporte marítimo Algeciras-Tánger-Algeciras.

Es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 29 de diciembre de 2.006 , desestimatoria del recurso promovido por Europa Ferrys, S.A. contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 21 de junio de 2.004, dictada en el expediente sancionador 555/903 (expediente 2261 del Servicio de Defensa de la Competencia), iniciado por la denuncia formulada por la compañía mercantil International Maritime Transport Corporation. En dicha resolución se declara que la recurrente ha incurrido,

junto con otras compañías, en una práctica prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, por haber realizado acuerdos consistentes en la adopción 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 del Estrecho.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 20 de marzo de 2.007, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Europa Ferrys, S.A. ha comparecido en forma en fecha 14 de mayo de 2.007, mediante escrito interponiendo recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción de los artículos 56.2 y 42.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y con los artículos 9.3 y 24 de la Constitución, así como de la jurisprudencia;

- 2º, por infracción del artículo 24.2 de la Constitución, del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de los artículos 129.2 y 137.1 de la Ley 30/1992, así como de la jurisprudencia;

- 3º, por infracción del artículo 3.1 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia, y

- 4º, por infracción del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución, y de la jurisprudencia.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida, por no ser conforme a Derecho, y dejando sin efecto la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2.004 o, subsidiariamente, acordar la reducción de la sanción impuesta a una cuantía más acorde con los argumentos y razonamientos contenidos en su escrito.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 19 de octubre de 2.007.

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime el mismo, confirmando la sentencia recurrida en cuanto declara conforme a Derecho la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2.004, todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

QUINTO .- Por providencia de fecha 23 de junio de 2.009 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 20 de octubre de 2.009, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

La entidad mercantil Europa Ferrys, S.A., interpone recurso de casación contra la Sentencia de 29 de diciembre de 2.006 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional. La Sentencia recurrida desestimó el recurso contencioso administrativo entablado contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2.004 por la que se declaraba que la recurrente había realizado, junto con otras compañías marítimas, acuerdos colusorios prohibidos por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con la línea marítima Algeciras-Tánger-Algeciras, imponiéndole una multa de 300.000 euros y otras sanciones.

El recurso se articula mediante cuatro motivos, todos ellos acogidos al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción. En el primer motivo se aduce la infracción de los artículos 56.2 y 42.1 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio), en relación con el artículo 62 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y con los artículos 9.3 y 24 de la Constitución, así como de la jurisprudencia, por haberse acordado la práctica de una diligencia para mejor proveer fuera del momento procedente para ello, lo que habría originado la caducidad del procedimiento. El segundo motivo se basa en la supuesta infracción de los artículos 24.2 de la Constitución, 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 129.2 y 137.1 de la citada Ley 30/1992, y de la jurisprudencia, por falta de motivación en relación con la existencia del acuerdo colusorio por el que se les ha sancionado a las empresas navieras. El tercer motivo se funda en la supuesta infracción del artículo 3.1 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia, alegando la vulneración del principio de confianza legítima. Finalmente, en el cuarto motivo se aduce la infracción del artículo 131.3 de la Ley 30/1992 en relación con el 9.3 de la Constitución y de la jurisprudencia, por haber sido conculcado presuntamente el principio de proporcionalidad en el establecimiento de la sanción.

SEGUNDO .- Sobre el primer motivo, relativo a la supuesta infracción del procedimiento administrativo.

Sostiene la parte actora que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha infringido el procedimiento al acordar de forma irregular una providencia para mejor proveer, por lo que no habría quedado suspendido el plazo para completar el procedimiento y éste habría caducado antes de dictarse la resolución impugnada, que sería por ello nula. Recuerda la actora que el artículo 56.2 de la Ley de Defensa de la Competencia establece un plazo máximo para la notificación de la resolución de doce meses a contar desde la admisión a trámite del expediente, y

que contempla la interrupción de dicho plazo cuando se acuerde una diligencia para mejor proveer. Asimismo, el artículo 42.21 de la propia Ley estipula con toda precisión que la práctica de cualquier diligencia de prueba se podrá acordar para mejor proveer "después de la vista o transcurrido el plazo de formalización de conclusiones y antes de dictar resolución". Pues bien, el Tribunal acordó una diligencia de prueba para mejor proveer antes de dicho momento, acarreando la nulidad de la misma y, en consecuencia, la no suspensión del plazo para dictar y notificar la resolución, que habría sido dictada fuera de plazo.

Sobre esta cuestión la Sentencia impugnada razona de la siguiente manera:

" 4. La sociedad recurrente entiende que la diligencia para mejor proveer de 29/01/2004 es nula de pleno derecho por aplicación del artículo 62 de la LRJPAC, pues se ha dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

La Sala no considera que exista esa total y absoluta omisión de procedimiento que aprecia la parte actora, pues la diligencia para mejor proveer se ha acordado por el órgano competente para resolver un procedimiento sancionador en materia de infracción de las normas de la LDC, y en el marco del procedimiento previsto por el citado texto legal, que se inició por la admisión a trámite del expediente y prosiguió en la forma prescrita por los artículos 40 y siguientes LDC, con las fases de prueba y conclusiones, respetándose igualmente el derecho de defensa al dar traslado a las partes interesadas para alegaciones del resultado de la diligencia para mejor proveer.

Tampoco aprecia la Sala la infracción del artículo 42.1 LDC alegada por la sociedad recurrente en cuanto al momento procedimental en que fueron acordadas las diligencias para mejor proveer. Indica el citado precepto que las diligencias para mejor proveer se acordarán "...después de la vista o transcurrido el plazo de formulación de conclusiones, y antes de dictar resolución..." En el caso de autos, las diligencias para mejor proveer se acordaron el 29 de enero de 2004, una vez finalizada la fase de prueba y transcurrido también el plazo de 10 días concedidos a las partes para alegaciones por auto de 19 de enero de 2004 (folios 648 a 652). También llegamos a igual conclusión de no infracción del artículo 42.1 LDC si atendemos a las fechas de las notificaciones, pues resulta del expediente que los escritos de conclusiones de algunas de las partes interesadas tienen entrada en el TDC en fecha 02/02/2004 (folios 700, 797 y 718 del expediente), mientras que el acuerdo para mejor proveer tiene fecha de salida del TDC para su notificación a las partes el mismo día 02/02/2004 (folio 728 del expediente) y en particular a la recurrente se le remite por correo certificado de fecha de salida 03/02/2004, sin que conste fecha de recepción (folios 703 y 731 del expediente).

En todo caso cabe admitir la existencia de un cruce entre la recepción de algunos de los escritos de conclusiones de las partes, entre ellos el de la recurrente, y la notificación de la diligencia para mejor proveer, pero tal circunstancia se considera por la Sala que se trata de una irregularidad que no tiene eficacia invalidante. Estamos ante un acuerdo para mejor proveer, que consistió en requerir a las partes las cifras de ventas, que era un dato que no constaba en el expediente y cuya incorporación al mismo es necesaria para la correcta aplicación del artículo 10.1 LDC, y la fecha en que se acordara dicha diligencia para mejor proveer, en la hipótesis de que fuera anterior a la finalización del plazo de conclusiones, es un defecto de forma

que no determina la anulabilidad del acto, de acuerdo con el artículo 63.2 LRJPAC, por no haber causado a las partes ninguna clase de indefensión.

Rechazada la nulidad de pleno derecho o anulación de la diligencia para mejor proveer de 29/01/2004, y de la consiguiente suspensión del plazo máximo para dictar Resolución, la consecuencia es que no se ha producido la caducidad alegada por la sociedad recurrente.

La diligencia para mejor proveer se acordó cuando faltaban 25 días para completarse el plazo máximo de 12 meses establecido por el artículo 56.2 LDC para que el TDC dicte Resolución y la notifique, con el efecto de interrumpir desde ese momento dicho plazo, por disposición expresa del propio artículo 56.2 LDC. El plazo para dictar Resolución se reanudó nuevamente el 10 de junio de 2004, que es la fecha en la que finalizó la prórroga solicitada por las partes para efectuar sus alegaciones sobre los resultados de las diligencias para mejor proveer. El TDC dictó Resolución el 21 de junio de 2004, que consideramos que se notificó al recurrente el 7 de julio de 2004, pues la fecha no consta en el expediente, en el que únicamente aparece el anverso del acuse de recibo (folio 974 y 975 del expediente), por lo que aceptamos la fecha de notificación que indica la sociedad recurrente en su escrito de interposición del recurso contencioso administrativo. Así, por tanto, entre la reanudación del cómputo del plazo máximo de 12 meses, a partir del día siguiente al 10/06/2004, hasta la fecha de notificación de la Resolución, transcurrieron 26 días.

El artículo 56.2 LDC exige, en su último párrafo, que para declarar la caducidad es necesario que transcurra el plazo máximo de 12 meses y, además, otros "...30 días desde el vencimiento del plazo anterior..", por lo que en el presente caso no se han completado los indicados plazos de caducidad." (fundamento jurídico 4)

La recurrente rechaza la justificación dada por el Tribunal respecto al carácter meramente procedimental de la irregularidad ya que, afirma, la Ley de Defensa de la Competencia no admite las infracciones de ese carácter y el artículo 56.2 opera la caducidad ope legis sin ninguna restricción. Además, sostiene que la infracción procedimental denunciada ha originado, en contra de lo que afirman tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la Sentencia recurrida, una lesión de sus derechos fundamentales; así, sostiene que la citada providencia para mejor proveer ha conculcado el derecho a la presunción de inocencia, ya que perseguía conocer los datos de facturación de las empresas, a los efectos de calcular la sanción, aun antes del resultado de la valoración de la prueba.

El motivo debe ser rechazado. Tal como admitió en la resolución sancionadora el propio Tribunal de Defensa de la Competencia, efectivamente se incurrió en la infracción procedimental consistente en que la diligencia para mejor proveer encaminada a recabar determinados datos económicos de las empresas expedientadas se dictase en febrero de 2004, antes de que se hubieran recibido los escritos sobre la valoración de las pruebas y, por ende, mucho antes de que se cumplimentara el trámite de conclusiones en junio. Sin embargo, tal como sostienen tanto el propio Tribunal como la Sala de instancia, dicha infracción procedimental en cuanto al momento de acordar la referida diligencia no acarrea su nulidad ni invalida la suspensión del plazo para dictar y notificar la resolución prevista en el artículo 42.1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En efecto, es claro que no se trata de una causa de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, ya que no supone ni ausencia absoluta del procedimiento ni ha causado vulneración de derechos fundamentales. Lo primero porque, como es evidente, la diligencia se acordó en el curso de un procedimiento y la equivocación del momento para aprobarla no supone que no existiese ni se respetase en lo fundamental dicho procedimiento. En cuanto a la posible lesión de derechos fundamentales, porque también resulta evidente que la petición antes de tiempo de los datos económicos de las empresas para poder modular, en su caso, la sanción, no ha originado ninguna indefensión a las empresas afectadas, que ha podido aportar dichos datos y decir todo lo que les pareciera oportuno al respecto en sus escritos de conclusiones. Y es palmariamente infundada la alegación de que dicha petición de datos vulneró la presunción de inocencia porque prejuzgaba la imposición de una sanción: a ese respecto es indiferente que tales datos se solicitasen antes o después del trámite de conclusiones, puesto siempre habría sido con anterioridad a la propia resolución que pusiera fin al expediente y en ningún caso supone indicio alguno de que la resolución sancionadora no se adoptase en virtud de sus propios fundamentos.

En consecuencia, tratándose de una infracción procedimental que no ha acarreado perjuicio alguno para las empresas afectadas, la diligencia para mejor proveer ha surtido todos sus efectos, incluida la suspensión del plazo para resolver y notificar, tal como estipula el artículo 56.2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

TERCERO .- Sobre el segundo motivo, relativo a la motivación sobre la existencia de acuerdos colusorios.

Sostiene la parte actora que ni el Tribunal de Defensa de la Competencia ni la Sala juzgadora han justificado la existencia de un acuerdo colusorio sobre tarifas. En la exposición del motivo, la parte se adentra, sin embargo, más que en la supuesta falta de motivación al respecto, en la inexistencia de dicho pacto y consiguientemente, en la falta de acreditación del mismo.

En relación con la existencia del acuerdo sobre tarifas, la Sentencia recurrida se expresa de la siguiente forma:

" 5. En segundo término alega la sociedad recurrente que no ha existido ningún acuerdo de equiparación de precios entre las compañías navieras, ni la Administración, a quien le incumbía la carga de la prueba, ha acreditado su existencia.

Sin embargo, no es esa la conclusión a la que se llega tras el examen del expediente, que pone de manifiesto la existencia de un acuerdo sobre precios entre 6 de las Compañías navieras que operaban la línea de pasajeros Algeciras-Tánger-Algeciras. Se trata de 3 Compañías de bandera española: Transmediterránea, Euroferrys y Líneas Marítimas Españolas (LME), y otras tres Compañías de pabellón marroquí: Comarit Ferry, Comanav y Limadet Ferry, esta última parte actora en estos autos.

El acuerdo sobre precios se considera acreditado por la identidad de las clases de pasajes, precios de los mismos y fechas en que cambiaban. Así, todas las compañías establecían las mismas clases o categorías de pasajes, distinguiendo entre: pasajeros y vehículos, y subdistinguiendo, los pasajeros en clase turista "A" ó "1ª clase" (adultos y menores) y clase turista "B" ó "2ª clase" (adulto y menores), y los vehículos en hasta 6 m. y 1,80 m. de alto, furgonetas caravana, remolque hasta 2 m. longitud, motos,

suplemento de altura, suplemento de longitud y autocar.

Los precios de todas estas clases de pasajes, como se dice, eran idénticos en las seis compañías navieras citadas, y además todas ellas cambiaban los precios de forma idéntica en las mismas fechas: 10 de marzo de 2000 y 20 de diciembre de 2000, de suerte que la identidad de precios se mantiene en tres momentos distintos, hasta el 10/03/2000, entre 10/03/2000 y 20/12/2000 y desde esta última fecha en adelante. Así resulta acreditado de las tarifas de precios aportadas al expediente instruido por el Servicio de Defensa de la Competencia por la Compañía Transmediterránea (folios 61 a 68), Comanav (folios 71 a 73), LIMADET (folios 76 a 83), LME (folio 87), Comarit (folio 92) y Euroferrys (folios 98 a 103).

Esta identidad de tarifas o precios, mantenida a través del tiempo y que ha persistido no obstante los incrementos de precios aplicados por todas las navieras, que son empresas competidoras, con diferentes estructuras y costes distintos, encuentra una explicación racional, sin ningún salto de lógica o ausencia de premisas intermedias, en un acuerdo previo de fijación de precios entre las Compañías navieras. Dicha explicación, además de racional, lógica y coherente, es la única posible.

6. Pero es que, además, la existencia de un acuerdo entre las navieras está reconocida por todas ellas. La Resolución sancionadora del TDC imputa a la empresas navieras un acuerdo anticompetitivo prohibido por el artículo 1 LDC , que consistió no sólo en fijar los precios con identidad absoluta entre todas ellas, en lo que se refiere a las distintas clases de billetes, modificando además las tarifas en forma idéntica en varias ocasiones, sino también en extender los acuerdos de intercambiabilidad de billetes a todo el año, lo que está expresamente reconocido por las 6 compañías navieras implicadas: Trasméditerránea (folio 59), Comanav (folio 70), Limadet (folio 74), LME (folio 85), Comarit (folio 89) y Euroferrys (folio 95)." (fundamentos jurídicos 5 y 6)

Alega con razón el Abogado del Estado que en cuanto que el motivo pretende basarse en una supuesta falta de motivación de la existencia de la conducta infractora por parte de la Sentencia recurrida, el motivo está mal formulado y debía haberse acogido al apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción . En cualquier caso, los fundamentos transcritos evidencian de forma contundente que dicha motivación existe, así como que la misma es razonable y no arbitraria, por lo que en cuanto valoración de hechos no podría ser revisada en esta sede de casación. Por lo demás, se observa la insistencia de la recurrente en hablar en general sobre la legalidad de los acuerdos de intercambiabilidad durante las operaciones de paso del estrecho, cuando es notorio que la sanción se impone por la extensión de dichos acuerdos fuera de los períodos vacacionales en los que tiene lugar dichas operaciones, y no por su aplicación a tales períodos.

La existencia evidente de motivación valorativa de los hechos en el sentido de entender acreditada la existencia de pactos colusorios encaminados a extender los acuerdos de intercambiabilidad más allá de los períodos autorizados lleva a la desestimación del presente motivo.

CUARTO .- Sobre el tercer motivo, relativo al principio de confianza legítima.

Considera la parte recurrente que se ha conculcado el principio de confianza legítima y la jurisprudencia sobre el mismo, ya que las empresas navieras han actuado convencidas de la legalidad de su comportamiento, en la medida en que los acuerdos

de intercambiabilidad de billetes constituirían un sistema auspiciado por las autoridades pertinentes de ambos países, España y Marruecos.

La Sentencia de instancia responde a este alegato del siguiente modo:

" 7. La tercera de las alegaciones de la sociedad recurrente se refiere al principio de confianza legítima que incidiría sobre el indicado acuerdo de las navieras de intercambiabilidad de billetes, impulsado y auspiciado por la Administración.

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
(fundamento jurídico 7)

artículo 1 LDC."

El motivo no puede prosperar por una razón ya vista en el anterior motivo, y es que la sanción no se impuso por los acuerdos de intercambiabilidad durante las operaciones de paso del estrecho, sino por mantener tales acuerdos fuera de las mismas. En este sentido, todos los datos que la parte ofrece para justificar su creencia en la corrección jurídica de su actuación valen sólo para dichos períodos, pero no para el resto del año. Esto resulta tan evidente que incluso en la propia resolución sancionadora se explica como la Administración ha estado auspiciando dichos acuerdos para los períodos de operación de paso del estrecho desde 1.987, pero ello no avala su extensión fuera de los mismos, lo que originó la sanción. La Sentencia recurrida se refiere expresamente a ello con toda claridad en el fundamento jurídico 7, que se ha transcrito.

En consecuencia, debe igualmente rechazarse este tercer motivo.

QUINTO .- Sobre el motivo cuarto, relativo al principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción.

Considera la parte recurrente que la Sentencia impugnada ha conculcado el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, en relación con el 9.3 de la Constitución, así como la jurisprudencia, por no haber respetados los principios de proporcionalidad entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

El motivo no puede prosperar. Las justificaciones dadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el fundamento jurídico 9 de la resolución sancionadora y la Sala de instancia, avalando tales razones, en el fundamento de derecho 8 de la Sentencia que se impugna, evidencian que se ha respetado adecuadamente el principio de proporcionalidad y que la sanción no ha sido fijada de forma arbitraria.

La Sentencia de la Sala de instancia afirma en el citado fundamento jurídico 8:

" 8. La demanda contiene un último argumento, a favor de la reducción de un 70% del importe de la sanción pro entender que el 70% del tráfico anual se transporta durante la operación de paso del Estrecho, que es cuando la intercabiabilidad se considera legítima.

El TDC ha impuesto a la recurrente una sanción de 300.00 euros, que está situada en el grado mínimo o tercio inferior del límite máximo de la sanción en este caso, tanto se tome como límite máximo la cifra de 150 millones de pesetas establecida con carácter general en el artículo 10.1 LDC, o el 10 pro 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio 2003 (15.449.700 euros, según escrito de la recurrente en folio 790 del expediente del TDC). Estas son las referencias que han de utilizarse como límites máximo en el momento de individualizar la cuantía de la sanción, sin que el citado artículo 10 LDC autorice a tomar referencia distintas como pretende el recurrente. Y sobre tal límite máximo, el TDC ha impuesto una sanción en su grado mínimo o tercio inferior, como se acaba de decir, explicando y ponderando las circunstancias concurrentes, entre las que tiene en cuenta la pluralidad e actos y conductas sancionables, la duración de la infracción que se extendió a los años 1998, 1999 y 2000 y la dimensión de los mercado afectados, el del transporte de pasajeros y vehículos en la línea Algeciras-Tánger-Algeciras, en el que las empresas imputadas tuvieron volumen de ventas conjunto de alrededor de

36.500.000 euros. Por lo anterior la Sala considera que la cuantía de la sanción impuesta a la recurrente no infringe las disposiciones de la LDC y es conforme a derecho." (fundamento jurídico 8)

Estas apreciaciones, compartidas por esta Sala de casación, exponen los criterios y razones que explican de manera suficiente una razonable gradación de la sanción atendiendo a la relevancia de la infracción, según los parámetros expuesto en el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia .

SIXTO .- Conclusión y costas.

El fracaso de todos lo motivos en que se basa el recurso de casación conllevan la desestimación del mismo. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , se imponen las costas a la parte recurrente.

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

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Europa Ferrys, S.A. contra la sentencia de 29 de diciembre de 2.006 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 327/2.004 . Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente.

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 .-Ramon Trillo Torres.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-