

Id Cendoj: 28079230062004100870
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 1010 / 2000
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veinticinco de febrero de dos mil cuatro.

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 1010/02, seguido a instancia de la mercantil "Viajes Iberia SA", representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado.

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 25 de octubre de 2000, en el seno de un procedimiento seguido contra la recurrente por presuntas conductas prohibidas, se dictó por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en cuya parte dispositiva, se dispone: "

1º. Declarar acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el *art. 1 de la Ley 16/1989*, consistente en acordar la absoluta identidad de las ofertas presentadas por la recurrente en unión de otras tres empresas más, al concurso público nº 1995/1996, correspondiente a la adjudicación de los contratos de asistencia para al ejecución del "Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/96", programa gestionado por el IMSERSO, así como realizar una ejecución conjunta cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación.

2º. Intimar a la recurrente autora de la práctica declarada prohibida a que cesen de inmediato en su práctica y en lo sucesivo se abstenga de adoptar decisiones semejantes.

3º. Imponer a la recurrente una multa de 1.226.064,693 €.

4º. Ordenar a la recurrente que en el plazo de dos meses a contar desde su notificación publique a su costa en el BOE y en la sección de economía de dos diarios de los de mayor circulación del Estado de la parte dispositiva de la resolución recaída.

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:

a) Condicionamientos constitucionales a la actividad sancionadora de los poderes públicos. La resolución impugnada infringe el principio de culpabilidad, pues fue la Administración la que promovió la agrupación. La actuación de la recurrente no postergó a nadie, pues las limitaciones a la contratación derivan de las condiciones impuestas por la Administración.

b) Invocación del principio de confianza legítima:

La administración alentó la concertación, y la toleró y autorizó expresamente que se ejecutara el programa a través de una de las empresas afectadas. Invoca la STS de 23 de febrero de 2000 (asunto ANELE).

c) Subsidiariamente señala que la sanción impuesta es desproporcionada atendidas las circunstancias concurrentes.

TERCERO:- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia, bien inadmitiendo, bien desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente: Dado que los hechos no se discuten y que sobre ellos existe cumplida prueba en el expediente, rechaza las alegaciones de la recurrente pues silencia que la Administración nunca impuso que la red comercial que exigía perteneciera a una de las adjudicatarias, como así ocurrió. La conducta produjo concretos perjuicios a la libre competencia, pues dejaron de presentarse a los concursos otros competidores no integrados en el acuerdo. Realiza un análisis de la cooperación horizontal en el derecho comunitario y concluye que de entrada están prohibidos siendo necesaria para su práctica la correspondiente autorización, y cita supuestos de falta de competencia directa entre las empresas o bien la prestación de un servicio que ninguna puede prestar por sí misma. Invoca la STS de 28 de julio de 1997 , y afirma que el principio de confianza legítima en ningún momento puede servir para consolidada conductas ilícitas. A lo sumo para atenuar la responsabilidad.

CUARTO:- Sin apertura de período probatorio, y sin formular el escrito de conclusiones fue señalado el día 24 de febrero de 2004 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso ya ha sido objeto de pronunciamiento por este tribunal (SAN 12 de febrero de 2003 rec. nº 1001/2000 y 991/2000 , y la posterior SAN de 19 de noviembre de 2003 rec. nº 1002/2000 , por lo que en este momento debemos partir de nuestros pronunciamientos anteriores a los que nos remitimos: En este sentido, ya dijimos que "desde el momento en que las empresas que licitación habían constituido lo AIE y pactaron la ejecución conjunta del programa el proceso de contratación quedó desvirtuado y la licitación quedó convertida en mera ficción. Se atentó contra la competencia en el único momento en que existe libertad, esto es, en el acceso al concurso que es cuando se consigue acceder a un mercado de 360.000 clientes". Los pactos colusorios constituyen una barrera que reduce el mercado y cercena las posibilidades de acceso al mercado de nuevos competidores, pues no cabe para ellos opción, si las cuatro empresas que se presentan no compiten entre sí y pactan con anterioridad el reparto del total del concurso.

SEGUNDO: Sin perjuicio de lo anterior, y a la vista de que la recurrente no discute los hechos que dan lugar a la imposición de la sanción sino únicamente la incidencia que en su conducta tuvo la actuación de la Administración y la falta de consecuencias que su actuación tuvo para el mercado, es preciso contestar a las concretas alegaciones que formula en su demanda y que se reconducen bajo la invocación del principio de confianza legítima al argumento que acaba de exponerse. A este respecto, de forma muy detallada en la SAN de 19 de noviembre de 2003 antes citada se dijo, tras recordar los pronunciamientos del TPI y TS español al respecto, que los signos externos de la Administración a los que alude la recurrente en su demanda no pueden considerarse como suficientes para entender que la Administración había potenciado el acuerdo que finalmente resultó sancionado pues no puede concluirse que la Administración diera "seguridades concretas" sobre la forma de asociación horizontal practicada. A este respecto, debemos

recordar lo que el Abogado del Estado ha alegado en su contestación a la demanda, en la que pone de manifiesto que "la Administración nunca impuso que la red comercial que exigía que perteneciera a una de las adjudicatarias, como así ocurrió". Por otra parte, el principio de confianza legítima en ningún caso puede consolidar derechos adquiridos de forma contraria al ordenamiento jurídico, cifrándose el perjuicio para la libre competencia en el acuerdo en sí mismo, lo cual es suficiente y además en el hecho de que se cerrara el mercado a otros competidores.

Finalmente en cuanto a la petición de reducción de la sanción impuesta no podemos aceptar los términos de comparación propuestos ya que no se aprecie identidad de razón entre ambos por causa de la gran amplitud de conductas que pueden sancionarse al amparo del *art.1 de la LDC*. Por otra parte en el FJ 9 de la resolución impugnada se razona sobre el procedimiento seguido para la graduación de la sanción en términos que son compartidos por este tribunal; se invoca el *art. 10.2 LDC*, y la importancia de la infracción cometida, la dimensión del mercado afectado y la incidencia en mercados conexos, los efectos sobre competidores y la cuota que tienen los partícipes en el acuerdo, repartiéndose la imposición de la sanción en relación a la participación de cada uno de los afectados en el acuerdo.

TERCERO: 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.

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