

Id Cendoj: 28079130032007100369
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 3
 Nº de Recurso: 1634 / 2005
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
 Ponente: OSCAR GONZALEZ GONZALEZ
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DEFENSA DE LA COMPETENCIA x
- x CONDUCTAS PROHIBIDAS (COMPETENCIA) x
- x AGENCIAS DE VIAJE x
- x ADJUDICACIÓN (CONTRATOS ADMINISTRATIVOS) x
- x INCONGRUENCIA OMISIVA x
- x PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA x
- x LIBERTAD DE CONCURRENCIA x
- x SANCIONES EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA x

Resumen:

Prácticas restrictivas de la competencia, consistentes en acordar la absoluta identidad de las ofertas presentadas por determinadas empresas al concurso público correspondiente a la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996, programa gestionado por el IMSERSO. El concierto de las cuatro empresas de las más importantes del sector, restringe considerablemente la competencia, cuando sin dicho concierto cada una de ellas pudo presentar sus variadas propuestas, restricción a la competencia que se acrecienta porque la concertación se extendió a otros operadores, sancionados en la segunda parte de la resolución, que se comprometieron a no presentarse al concurso, ni a colaborar, ayudar o participar en la presentación de ninguna candidatura de cualquier otra empresa.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Diciembre de dos mil siete.

En el recurso de casación nº 1634/2005, interpuesto por la Entidad VIAJES MARSANS, S.A., representada por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén, y asistida de letrado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 19 de enero de 2005, recaída en el recurso nº 1000/2000, sobre sanción por prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia; habiendo comparecido como parte recurrida la ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) dictó sentencia desestimando el recurso promovido por la Entidad VIAJES MARSANS, S.A., contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 25 de octubre de 2000, que imponía a la recurrente una multa de ciento veinte millones de pesetas (721.214,525 euros) , por incurrir en la conducta prohibida por el *art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia* , consistente en "acordar la absoluta identidad de las ofertas presentadas por cuatro empresas del sector turístico entre las que se encuentra la recurrente en el concurso público nº 19/95, correspondiente a la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del "Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996", gestionado por el IMSERSO, así como realizar una ejecución conjunta cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación. En concreto se les

reprochó la presentación de ofertas idénticas con acuerdo para el reparto de interno de la ejecución del contrato si cualquiera de ellas resultaba ser adjudicataria, la existencia de acuerdos de colaboración a través de Mundosocial AIE con agencias para la ejecución del contrato, prohibiendo a dichas agencias o acudir directamente al concurso o hacerlo en colaboración con otras distintas de las sancionadas, requiriendo a los citados autores de las conductas declaradas prohibidas anteriormente para que cesen de inmediato en las mismas y en lo sucesivo se abstengan de adoptarlas y practicarlas de nuevo.

SEGUNDO.- Notificada esta sentencia a las partes, por la referida Entidad se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 18 de febrero de 2005 , al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la recurrente (VIAJES MARSANS, S.A.) compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formuló en fecha 11 de abril de 2005 , el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual expuso, los siguientes motivos de casación:

1) Al amparo de lo preceptuado en el *nº 1, letra c) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional* , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, en concreto por infracción del *art. 218.1 de la LEC* cuando regula los requisitos de las sentencias judiciales.

2) Al amparo de lo preceptuado en el *nº 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional* , por infracción del *art. 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* .

3) Al amparo de lo preceptuado en el *nº 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional* , por infracción de los *arts. 1 del Código Civil* relativo a las fuentes del Derecho. Vulneración del principio de confianza legítima y doctrina de los actos propios.

4) Al amparo de lo preceptuado en el *nº 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional* , por infracción del *art. 24.2 de la Constitución Española*, relativo al principio de presunción de inocencia.

Terminando por suplicar declare haber lugar al recurso anulando y casando la sentencia recurrida por los motivos articulados, dictado otra en su lugar por la que se deje sin efecto la resolución de 25 de octubre de 2000 dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente sancionador número 476/99 (Agencias de Viajes); o subsidiariamente y caso de no estimar la petición principal, reduzca significativamente el importe de la citada sanción atendidas las razones alegadas en el motivo correspondiente.

CUARTO.- Por providencia de la Sala, de fecha 21 de septiembre de 2005 , se acordó admitir a trámite el presente recurso de casación, ordenándose por otra de 3 de noviembre de 2006 entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO), a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al mismo; lo que hizo mediante escrito de fecha 24 de noviembre de 2006, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dicte sentencia desestimando el recurso de casación, confirmando íntegramente la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, con expresa imposición de costas al recurrente.

QUINTO.- Por providencia de fecha 11 de julio de 2007, se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 11 de diciembre siguiente, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Óscar González González, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Tribunal de Defensa de la Competencia, en su resolución de 25 de octubre de 2000 declaró acreditada la realización de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el *artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia* , por parte de Viajes Halcón S.A. Viajes Marsans S.A., Viajes Iberia S.A., Viajes Barceló S.L. y Mundosocial A.I.E. consistentes en acordar la absoluta identidad de las ofertas presentadas por la cuatro primeras al Concurso público nº 19/95 -correspondiente a la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del "Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996, programa gestionado por el INSERSO-, así como realizar una ejecución conjunta cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación-; es decir, aunque se hubiera adjudicado a una sola de las cuatro empresas licitadoras, a dos, a tres o a las cuatro, la interposición de Mundosocial A.I.E. y los pactos entre ellas garantizaban que las cuatro empresas licitadoras iban a ejecutar finalmente el contrato, resultarían o no adjudicatarias del concurso, lo que desvirtuó todo el proceso de

contratación con la fórmula elegida para concurrir a la licitación, que quedó convertida en mera ficción desde el momento en que las empresas que licitaron habían constituido la Agrupación de Interés Económico y habían pactado la ejecución conjunta del programa.

En dicha resolución se requiere a los citados autores para que cesen de inmediato en las conductas prohibidas y se abstengan en lo sucesivo de adoptarlas y practicarlas de nuevo, y se imponen multas a todas las implicadas, y, en concreto, a la empresa recurrente, Viajes Marsans S.A. una multa de 120 millones de pesetas equivalentes a 721.214,525 euros, y se ordena la publicación, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación, de la parte dispositiva de la resolución a costa de las multadas (y en las misma proporción que las multas) en el Boletín Oficial del Estado y en las secciones de economía o de nacional de dos diarios de información general que se distribuyan en todo el territorio español.

Contra esta resolución se interpuso recurso contencioso-administrativo que fue desestimado por la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional con base en los siguientes fundamentos:

<<"La cuestión que se plantea en este proceso ha sido sustancialmente resuelta por este Tribunal en las SSAN de 19 de diciembre de 2003 (rec. 1002/00), y las de 12 de febrero de 2003 (rec. 991/2000 y 1000/00), por lo que debemos remitirnos a las mismas y a la resolución impugnada cuya fundamentación es asumida por este tribunal, para de esa forma desestimar el recurso interpuesto. Se recuerda que las exigencias del concurso no impedían realmente a las 4 empresas sancionadas competir de forma autónoma por su adjudicación, por lo que el pacto colusorio, que no se niega, carece de toda justificación. Por otra parte la aplicación del principio de confianza legítima exige, de acuerdo con la doctrina del TPI (Sentencias de 22 de octubre de 1997 (asuntos T- 213/95 y 18/96, así como la de 9 de julio de 2003 (asunto T- 220/00, punto 33) que exista por parte de la Administración el ofrecimiento de garantías concretas de que la actuación controvertida es ajustada a derecho lo que no consta que ocurriera en este caso".>>

Frente a esta sentencia se ha interpuesto la presente casación con base en los motivos que han quedado transcritos en los antecedentes.

SEGUNDO.- En el primer motivo de casación aduce la recurrente quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia, por incongruencia omisiva al no resolver todas las cuestiones debatidas, especialmente la relativa al mercado relevante que fue invocada en la demanda, y remitirse a otras sentencias del mismo órgano judicial sobre el mismo asunto, sin que se considere adecuada dicha remisión, pues en relación con este punto se hizo en la demanda una detallada y prolija argumentación y valoración de los medios de prueba que no se habían hechos por los recurrentes de los otros recursos.

La sentencia incurre en incongruencia puesto no resuelve en relación con la acción ejercitada por la empresa Viajes Marsans S.A. las cuestiones que se habían planteado en las demanda, en especial las referentes a la determinación del mercado relevante, pues, aunque se remite, sin reproducirlas, a las sentencias de la misma Sala de 19 de diciembre de 2003 (rec. 1002/00) y a las de 12 de febrero de 2003 (rec. 991/2000 y 1000/00), en ninguna de ella se contempla de forma particularizada el tema referente al mercado relevante planteado en la demanda. En efecto, la de 19 de diciembre de 2003, no se refiere al primer apartado de la resolución del TDC de 25 de octubre de 2000, que era el que se impugnaba en este litigio, sino al segundo relativo al compromiso de determinadas agencias de viaje de no presentarse al concurso, ni a colaborar, ayudar o participar en la presentación de ninguna candidatura de cualquier otra empresa distinta de las cuatros sancionados en el primer apartado. Las de 12 de febrero de 2003 (2), aunque tiene por objeto el primer apartado, en relación con las empresas Viajes Barceló S.A. y Viajes Halcón S.A. no se pronuncian respecto de la alegación de que no se ha determinado cual es el mercado relevante, ni la importancia que tienen las empresas sancionadas en el mismo, que curiosamente se detalla en el antecedente de hecho segundo 1 y 2 de la sentencia como uno de los argumentos esgrimidos en la sentencia.

Se ha infringido, por tanto, el *artículo 67 de la Ley Jurisdiccional* , debiendo, conforme al *artículo 95.2 .d)* de la misma, resolver el litigio en los términos en que se planteó en primera instancia.

TERCERO.- Considera la parte recurrente, en el primer motivo de su demanda, que al no haberse determinado por el Tribunal de Defensa de la Competencia cual es el mercado afectado por la conducta objeto del expediente, no podrá determinarse si se ha infringido el *artículo 1 de la LDC* , pues los supuestos previstos en ella han de restringir, impedir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional. Añade que el mercado relevante configurado por el Servicio de Defensa de la Competencia -prestación de servicios para la ejecución de programas subvencionados de turismo en temporada baja-, que le lleva a considerar que la conducta afectaba al 100% del mercado relevante, no tiene en cuenta que todas las Administraciones Públicas convocan concursos para ejecución de estos programas subvencionados en

temporada baja. Indica que el mercado relevante debe ser el del mercado turístico nacional, en el que, de acuerdo con la documentación presentada, ni la actora ni las restantes agencias implicadas tiene posición dominante.

A continuación considera que el programa de vacaciones para personas de la tercera edad gestionado por el INSERSO es tan exigente que restringe al máximo el acceso de licitadores, lo que obliga a asociarse para la licitación y ejecución del mismo. Invoca la permisibilidad de la Administración en este aspecto y la Comunicación de la Comisión aparecida en el DOCE de 29 de junio de 1968 en el que se manifiesta que los acuerdos cuyo objeto único sea la creación de asociaciones temporales para el cumplimiento en común de pedidos (servicios) cuando las empresas que la suscriben no se encuentran en condiciones de cumplir los servicios así como las asociaciones temporales para presentar ofertas interesantes. Cita en el mismo sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1997 y decisiones de la Comisión de 27 de julio 1990 y 24 de octubre de 1988.

Alega el principio de confianza legítima y la existencia de error invencible derivados de la actuación administrativa que auspició la apariencia lícita y regular de esta forma de licitación mediante la presentación de cuatro ofertas idénticas, al haber denegado a Mundosocial A.I.E la posibilidad de concurrir al citado concurso público señalando que no se producía perjuicio con la denegación dado que sus socios podían presentarse agrupados al concurso, y que antes y después del concurso del año 94/95 las cuatro agencias de viaje habían presentado ofertas similares o idénticas lo que era conocido por INSERSO.

CUARTO.- En materia de concursos públicos en régimen de libre concurrencia para la adjudicación de un servicio tan concreto como es la ejecución de programas subvencionados de turismo en temporada baja, dirigido preferentemente a personas de la tercera edad, la determinación del mercado relevante del producto o servicio no puede ser contemplado aisladamente desde la perspectiva de la oferta, sino que éste aspecto debe conjugarse con otros factores concurrente como pueden ser el ámbito territorial de competencia de la Administración contratante, el carácter uniforme de los destinatarios del servicio, posibilidades posteriores de desarrollo del contrato, etc.

No cabe duda que siendo la Administración contratante de ámbito nacional, el mercado geográfico comprenderá la integridad de su territorio, al estar destinado a todos los ciudadanos de una determinada edad que en él habitan. No puede considerarse afectado, por esta razón, los mercados geográficos de extensión inferior que pudieran ser objeto de concursos con el mismo fin propuestos por otras Administraciones Públicas de menor ámbito territorial. Ello excluye de su esfera a todos aquellos operadores que desarrollan su actuación a nivel local, provincial o autonómico, quedando únicamente incluidos los que, como Mundosocial y las cuatro empresas sancionadas por la primera parte de la resolución del TDC, actúan en el ámbito nacional.

Dentro de esta superficie territorial no debe olvidarse que la intercambiabilidad o sustituibilidad de los productos o servicios, que es el elemento fundamental para determinar el mercado relevante del producto, es muy estrecha, por no decir prácticamente nula, en supuestos como el que se examina, en el que los pliegos de condiciones del contrato restringen considerablemente el ámbito de la oferta.

El ámbito restringido de este mercado se acrecienta más si cabe, si se tiene en cuenta que los que deseen concursar deben tener garantizada, con cierto margen de seguridad la obtención de futuros servicios necesarios para la ejecución del contrato, sea con Agencias de Viajes comercializadoras, medios de transportes terrestres, marítimos o aéreos, así como cadenas hoteleras y de ocio.

Pues bien en el caso presente en el que se sanciona, no por abuso de posición dominante del *art. 6 de la LDC*, sino por la existencia de una práctica restrictiva de la competencia del *art. 1 de la LDC*, la mayor o menor influencia en porcentaje de facturación que tengan las empresas concertadas sobre la totalidad del mercado nacional del turismo, debe ser contemplada no desde un punto de vista porcentual, sino, en concurrencia con los factores a los que anteriormente se aludió, que permiten colegir que el concierto de las cuatro empresas de las más importantes del sector y Mundosocial, de la que también forman parte, para presentar idénticas ofertas en el concurso, restringe considerablemente la competencia, cuando sin dicho concierto cada una de ellas pudo presentar sus variadas propuestas, restricción a la competencia que se acrecienta porque la concertación se extendió a otros operadores, sancionados en la segunda parte de la resolución, que se comprometieron a no presentarse al concurso, ni a colaborar, ayudar o participar en la presentación de ninguna candidatura de cualquier otra empresa.

Si como la propia recurrente reconoce este programa de vacaciones para personas de la tercera edad gestionado por el INSERSO es tan exigente que restringe al máximo el acceso de licitadores, no puede admitirse que dicha restricción se acentúe hasta el extremo de impedirla absolutamente como de hecho se

logró con la conducta colusoria en que incurrieron las empresas que se concertaron para excluir al resto de competidores, y para evitar que ellas aisladamente pudieran concurrir con dispares ofertas.

QUINTO.- Los restantes motivos de impugnación ya han sido resueltos por esta Sala en su sentencia de 14 de febrero de 2006 . En ella se dijo:

<<"No puede admitirse la argumentación que se ha resumido y que la actora desarrolla con gran extensión. Tres son las cuestiones que interesa aclarar en relación con este motivo. La primera, la que se refiere a la alegada imposibilidad de ejecución del programa vacacional de manera aislada por cualquiera de las empresas sancionadas, aun tratándose de empresas líderes del sector. La segunda, que para comprobar si los acuerdos entre las empresas sancionadas podían acogerse a esta posibilidad de conciertos para el cumplimiento en común del programa en cuestión, es preciso contemplar el conjunto de acuerdos celebrados entre ellas, y no solamente el relativo a la ejecución conjunta del programa licitado. La tercera cuestión a examinar es el de los términos en que la Comisión Europea contempla la posible admisión de la cooperación entre empresas competidoras en el marco del *artículo 81* del Tratado de la Comunidad Europea.

En cuanto a la supuesta imposibilidad de asunción individual del programa de vacaciones en cuestión, hay que señalar, en primer lugar, que tal imposibilidad sólo podía referirse a la supuesta inviabilidad de ejecución del programa, no a la imposibilidad de concurrir al concurso por parte de las empresas licitadoras. En efecto, es preciso tener presente que las empresas sancionadas pudieron acudir de manera separada en reiteradas campañas sin ningún obstáculo de carácter formal, por lo que en ningún caso las exigencias del concurso les impedían concurrir con pleno derecho al mismo a título individual. No se trataba, pues, de una imposibilidad originada por los requisitos establecidos para poder concurrir, sino tan solo de la dificultad -más o menos grave- que en opinión de las licitadoras conllevaba su ejecución, especialmente en lo que respecta a la comercialización de las plazas que se ofrecían.

Por otra parte, y como señalan tanto la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia como la propia Sentencia recurrida, en modo alguno ha quedado acreditado que dicha dificultad de comercialización no pudiese ser resuelta en forma que no resultase contraria al derecho de la competencia y, en particular, al *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia* . En efecto, hay que tener en cuenta que el programa se dividía en tres lotes, lo que sin duda era un primer factor que impide hablar de la imposibilidad de su ejecución de manera global como hace en todo momento la actora, sin examinar la posible capacidad para ejecutar al menos alguno de los lotes. Y si bien es cierto que incluso para asumir cualquiera de los lotes se requería una amplia capacidad de comercialización, también lo es que existían formas alternativas de afrontar dicha dificultad con acuerdos posteriores con otras empresas para proceder a dicha comercialización que no hubieran planteado ningún problema desde el punto de vista de la competencia. Lo que ha sido sancionado por contrario al *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia* es una colaboración entre empresas competidoras consistente en un entramado de acuerdos destinado a convertir un concurso público para obtener una concesión en un procedimiento ficticio e irrelevante.

La segunda de las cuestiones mencionadas es la relativa a la necesidad de contemplar el conjunto de acuerdos a que llegaron las empresas sancionadas. Estas concurren a título individual -no de forma conjunta- y acordaron que, fuera cual fuera el resultado del concurso, se ejecutaría en la manera concertada entre ellas a través de Mundosocial, A.I.E., asociación de interés empresarial creada años antes por las agencias de viaje que concurrían a tal objeto. De esta forma, resultaba indiferente el resultado del concurso en cuanto a la parte a ejecutar por cada una de las empresas; esto es, el concurso devenía una formalidad ficticia sustituida por el acuerdo entre las empresas concurrentes en el marco de una agrupación de empresas constituida por ellas: la competencia en el concurso público quedaba sustituida por el acuerdo privado en el seno de una agrupación empresarial privada. Pero no sólo esto, sino que a lo anterior es preciso añadir que la misma agrupación empresarial Mundosocial celebraba simultáneamente acuerdos con otras empresas de la competencia en los que por un lado se les cedía la ejecución de aspectos parciales del programa y, por otro, dichas empresas se comprometían a no concurrir al concurso.

... Por consiguiente, a la hora de valorar la causa de justificación alegada de la supuesta imposibilidad de ejecución aislada del programa, es preciso considerar asimismo que junto con los acuerdos de colaboración para su ejecución conjunta con independencia del resultado del concurso, se concluían acuerdos destinados a evitar la posible concurrencia al mismo por parte de otras competidoras.

Todo lo anterior haría probablemente innecesario examinar el contenido de los criterios de la comisión Europea sobre la aplicación del *artículo 81* del Tratado de la Comunidad. Pero no resulta ocioso, sin embargo, añadir alguna consideración al respecto. Es cierto que las mencionadas Comunicación de 29 de

julio de 1.968 y Directriz de 6 de enero de 2.001, de la Comisión Europea, admiten la cooperación de empresas, incluso competidoras, cuando ninguna de ellas puedan asumir por sí solas determinado pedido. Pero no lo es menos que dicha posibilidad queda circunscrita dentro de estrechos límites para evitar que pueda significar un perjuicio al establecimiento o mantenimiento de una efectiva concurrencia.

En primer lugar y pese a que la actora toma en consideración fundamentalmente la Directriz de 6 de enero de 2.001, al ser ésta posterior a los hechos hay que tomar como referencia básica más bien la Comunicación de 29 de julio de 1.968. Y de su examen se deriva sin la menor duda que las conductas sancionadas no pueden ampararse en la posibilidad de cooperación entre empresas competidoras contemplada en la misma, y no sólo porque no concurra el presupuesto básico de la imposibilidad material de ejecución aislada en los términos que ya hemos examinado -conclusión que resulta confirmada si atendiésemos a la Directriz de 2.001-. En efecto, los términos del punto 5 de la Comunicación de 1.968 dejan claro que resulta esencial para admitir la colaboración entre empresas competidoras el que no se cercene la posibilidad futura de la competencia: "lo verdaderamente relevante es saber si, dadas unas circunstancias concretas de unos casos particulares, es posible la competencia en un futuro próximo, para los productos o las prestaciones de que se trate. Si la inexistencia de competencia entre las empresas y la persistencia de esta situación se apoya en acuerdos o prácticas concertadas, se puede estar ante una restricción de la competencia".

Pues bien, de los datos puestos de relieve en el sentido de que la colaboración entre las empresas sancionadas se vio acompañada de otros pactos destinado precisamente a evitar el acceso al mercado afectado de otras empresas competidoras, se deriva que la conducta de las empresas sancionadas contravenía directamente el núcleo esencial de la excepción contemplada en la Comunicación de la Comisión Europea. Pero es que, además, los datos que la propia actora recuerda sobre las empresas que compitieron hasta la campaña 1.995/96 en que se produjo el expediente sancionador ponen de relieve, con toda claridad y pese a las afirmaciones en contra de la recurrente, los evidentes efectos anticompetitivos del procedimiento de colaboración empleado por las empresas sancionadas. En efecto, mientras que hasta 1.994 concurrieron otras empresas además de las sancionadas, a partir de entonces sólo concurrieron éstas. Así, en la temporada 91/92 concurren Viajes Cemo; en la temporada 92/93 volvió a concurrir Viajes Cemo, así como una unión temporal de empresas entre Viajes Olimpia y Viajes Tep; y, en la temporada 1.993/94, una vez más Viajes Cemo. Sin embargo, en las temporadas posteriores 94/95 y 95/96 ya sólo concurrieron las empresas sancionadas. Así pues, sin duda se puede trazar una correlación entre el conjunto de pactos celebrados por las sancionadas entre ellas y con otras de la competencia, reiterados a lo largo del tiempo, y el resultado de una efectiva restricción de la competencia, justo al contrario de lo que se especifica como criterio relevante por parte de la Comunicación de 29 de julio de 1.968 para que un acuerdo entre competidores resulte admisible, el mantenimiento de la competencia en el futuro inmediato.

Por lo demás, en esta Comunicación se hace asimismo referencia expresa a que la competencia se mantiene cuando las empresas cooperantes carecen de capacidad autónoma suficiente:

"Por otro lado, incluso asociaciones temporales de trabajo de empresas competidoras entre sí, mantienen esa competencia cuando las empresas participantes no pueden cumplir, por sí mismas, un determinado pedido. Este es el caso cuando trabajan de forma aislada, sin experiencia, sin conocimientos especiales, sin base o capacidad financiera suficiente y, por tanto, sin posibilidad de éxito alguno, sin poder terminar en los plazos previstos los trabajos comprometidos o soportar el riesgo financiero.

Tampoco hay restricciones de la competencia si únicamente la creación de la asociación temporal de trabajo permite a las empresas presentar una oferta interesante. Sí la habría sin embargo, si las empresas se comprometieran a actuar únicamente en el marco de una asociación temporal de trabajo." (punto 5 in fine)

Parece evidente que no puede considerarse que tal fuera la situación de las empresas sancionadas, todas ellas autocalificadas en el propio recurso como empresas líderes del sector en las que la Administración confiaba -precisamente por ello- que pudieran acometer con éxito un programa de gran amplitud y dificultad.

En definitiva la actora, como las demás empresas sancionadas, aunque no ostentasen aisladamente una posición de dominio, ciertamente sí poseían una considerable presencia en el mercado como empresas importantes del sector, a cuyos datos cuantitativos se refiere la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, especialmente si actuaban de manera concertada. Y, desde luego, su actuación tuvo un efecto indiscutible y claramente perceptible en el mercado específico de este tipo de programas sociales de turismo.

En cuanto a las alegaciones de la actora de que su comportamiento no tuvo efectos negativos en el mercado puesto que ni tuvo reflejo en los precios ni en el reparto del mercado ni, finalmente, en que las empresas sancionadas mantuviesen, mejorasen o incrementasen su poder de mercado, basta señalar dos cosas. En primer lugar que la sanción de las conductas comprendidas en el *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia* no requiere que se hayan producido tales efectos, sino tan sólo que puedan producirlos, lo que evitaría ya tener que examinar dichos argumentos. Pero, sin perjuicio de ello, no puede dejar de señalarse que los pactos estaban encaminados expresamente a repartirse de antemano la ejecución de un programa de gran relevancia en el mercado de programas sociales para la tercera edad sin competencia entre ellas y con exclusión de las restantes, lo que incide de manera clara e incontestable, al menos, en el reparto o compartimentación del mercado y en el mantenimiento o refuerzo de la posición de las empresas sancionadas en el mercado.

Digamos también, como conclusión en relación con este motivo, que una cosa es la mayor o menor dificultad que el cumplimiento del programa o de uno de sus lotes pudieran ocasionar a cualquiera de las empresas sancionadas, y otra que la respuesta a dicha dificultad pasase inevitablemente por unos acuerdos claramente restrictivos de la competencia como los celebrados entre las empresas licitadoras. Como puede verse en el último párrafo transcrito de la Comunicación de la Comisión Europea de 1.968, la asociación entre competidores sólo resulta admisible cuando constituya el único procedimiento para formular ofertas interesantes. Sin embargo, la posibilidad, a la que se refiere la Sentencia recurrida, de que las empresas que hubieran obtenido alguno de los lotes en un concurso competitivo hubieran podido concertar con posterioridad al concurso y con transparencia aspectos específicos de la ejecución del programa licitado, evidencia la falta de fundamento de este motivo.

[...] Sobre el motivo cuarto, relativo al principio de confianza legítima.

Se alega por la parte actora la infracción del *artículo 1 del Código Civil*, en la medida en que se habría infringido el principio de confianza legítima en los actos de la Administración y la doctrina de los actos propios.

Argumenta la empresa recurrente que la actuación de las sancionadas a partir de 1.992 ha estado basada en la confianza que tenían en que su conducta era conocida y admitida por la Administración. Las empresas afectadas habían constituido Mundosocial con la intención de concurrir conjuntamente a la licitación de este programa de vacaciones. Sin embargo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa rechazó dicha posibilidad al no poder desempeñar una asociación de interés empresarial la misma actividad que sus socios, decisión inmediatamente anterior a la conclusión del plazo para presentar ofertas para la campaña 1.991/92, por lo que se vieron forzadas a concurrir de manera separada, aunque con ofertas idénticas. Dicha coincidencia de ofertas fue en todo caso conocida por la Administración, puesto que en el propio pliego se manifestaba la intención de las licitadoras de unir sus fuerzas empresariales para acometer la realización del programa en caso de que fuesen adjudicatarias de todo o parte del programa. Dicha unión era alentada por la Administración para que el programa de vacaciones para la tercera edad fuese asumido por empresas sólidas del sector, evitando los problemas que había originado la quiebra de la anterior adjudicataria Viajes Ceres. Asimismo, la Administración había autorizado expresamente la subcontratación de la ejecución del programa a Mundosocial A.I.E. Esta actuación conjunta, conocida y alentada por la Administración se prolongó en las campañas posteriores hasta la 97/98 inclusive, modificándose con posterioridad la modalidad del concurso. Concluye la actora que el comportamiento del Inserso creaba la apariencia de legalidad del comportamiento de las empresas licitadoras, infringiendo así la Sentencia impugnada el mencionado principio de confianza legítima al descartar su aplicación en virtud del principio de legalidad y de la falta de atribuciones del Inserso en materia de defensa de la competencia.

Tampoco puede aceptarse la anterior alegación. Primero, porque de los propios hechos narrados por la actora se deducen conclusiones bien contrarias a las que formula en su argumentación. Y luego porque en un supuesto como el presente sin duda prevalece el principio de legalidad frente a un comportamiento manifiestamente contrario a la propia legalidad, aun cuando la conducta de la Administración pueda haber sido equívoca.

Así, en cuanto a los hechos, es evidente que cualquier justificación que las empresas sancionadas pudieran haber alegado en relación con su actuación en 1.992, como consecuencia de haber optado por una forma de colaboración empresarial que se demostró inviable por las razones ya vistas (la imposibilidad de que una asociación de interés empresarial pudiese acometer una tarea idéntica al objeto empresarial de sus miembros), resulta inaplicable a los años posteriores. En efecto, en modo alguno dichas razones y el interés de la Administración de buscar una ejecución empresarialmente viable del programa de vacaciones tras la quiebra de la adjudicataria en las dos temporadas anteriores a la de 1.991/92 pueden argüirse como

una justificación del comportamiento de las empresas afectadas en temporadas muy posteriores, como la de 1.995/96. Ha de tenerse en cuenta que una práctica como la sancionada estaba ya comprendida en la anterior *Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (110/1963, de 20 de julio)* y que la vigente *Ley de Defensa de la Competencia* había entrado en vigor ya en 1.989. No podían desconocer por tanto, empresas importantes del sector como lo eran las sancionadas, las exigencias del derecho de la competencia, ni ser llamadas a engaño por una actuación de la Administración más o menos equívoca en cuanto a la admisibilidad del comportamiento de las empresas sancionadas.

Por lo demás no es posible dejar de lado, a la hora de considerar el peso que pudiera tener el principio de confianza legítima que se aduce, todo lo señalado en el fundamento anterior en el sentido de que la conducta de las empresas afectadas no se limitaba a un acuerdo de colaboración para ejecutar el programa, sino que se trataba de un entramado de acuerdos encaminado a hacer irrelevante el resultado del concurso que se completaba con pactos con otras empresas para evitar la concurrencia de estas a la licitación. No puede pues la actora alegar el principio de confianza legítima para dar cobertura a un conjunto de acuerdos y decisiones que, por su propia naturaleza, iban mucho más allá de una concurrencia conjunta para la realización de un programa: acuerdos entre ellas para que fuese cual fuese el resultado del concurso repartirse su ejecución de acuerdo con sus propios criterios; subcontratación de la ejecución del programa a Mundosocial y posterior cesión por esta entidad a sus miembros de partes del programa de acuerdo con sus propios criterios adoptados en el seno de Mundosocial; y, finalmente, pactos de Mundosocial con otras empresas para que no acudieran al concurso, comprometiendo la participación de éstas en la ejecución del programa. Así pues, aun cuando la reacción inicial de la Administración en 1.992 pudiera haber alentado a las empresas actoras a actuar conjuntamente, su conducta excedía con mucho la de una colaboración para la ejecución de un programa, sino que comprendió toda una serie de acuerdos y pactos objetivamente encaminados a suprimir la competencia y por lo tanto directamente incursos en una prohibición legal. Debe pues primar el principio de legalidad, tal como afirma la Sala de instancia, sin que la actora pueda ampararse en el principio de confianza legítima como causa de justificación de su conducta.

Por otra parte debe decirse que la Administración ha de ajustar en todo caso su comportamiento a la legalidad del derecho de la competencia, evitando actuaciones que puedan poner en peligro una estricta aplicación del principio de legalidad con la finalidad de alcanzar determinados beneficios para los intereses generales (en el caso de autos, encomendar un determinado programa social a empresas sólidas). Tanto más cuanto que, como señalaron el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Sentencia impugnada, una efectiva competencia no era incompatible con una ejecución fiable del programa licitado y podría favorecer condiciones más ventajosas, aparte del precio, para el público al que dicho programa iba encaminado.

[...] Sobre el motivo quinto, relativo a la jurisprudencia sobre el principio de confianza legítima.

Este motivo se funda en la infracción de jurisprudencia sobre el principio de confianza legítima, en particular de la doctrina expresada en nuestra Sentencia de 23 de febrero de 2.000, recaída en el caso ANELE. De acuerdo con la argumentación de la actora, en la referida Sentencia se da plena aplicación al mencionado principio en los procedimientos de defensa de la competencia "como elemento, que sin afectar a la calificación de las conductas prohibidas, sí permite excluir o atemperar la responsabilidad y por ende la sanción". Según esto, la aplicación del principio al caso de autos llevaría a excluir la culpabilidad en el comportamiento de Viajes Halcón, quien se habría visto inducida por el proceder de la Administración a un error invencible respecto a la legalidad de su conducta. Por último, el compromiso de la actora y de las demás empresas sancionadas de poner fin a las conductas que le fueron reprochadas y de no incurrir de nuevo en ellas hubiera debido llevar a la Sala de instancia a anular o reducir substancialmente la multa impuesta.

Al versar este motivo de nuevo sobre el principio de confianza legítima debemos dar por reproducido todo lo manifestado en el anterior fundamento de derecho. Se expresan ahora, tan sólo, algunas consideraciones relativas a los argumentos nuevos que la parte incorpora en este motivo.

En primer lugar es procedente señalar las distintas circunstancias que concurren en el presente supuesto respecto a las que dieron lugar a la Sentencia de 23 de febrero de 2.000. En aquel caso se apreció efectivamente que la conducta de la Administración había conducido a la entidad sancionada a la creencia en la legalidad de una determinada actuación en aplicación del referido principio de confianza legítima, y se invocaba jurisprudencia anterior de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Así, se definía su alcance señalando que "el principio de protección de la confianza legítima ha de ser aplicado, no tan solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación

administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego -interés individual e interés general-, la revocación o dejación sin efecto del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene porqué soportar...".

De lo anterior se deduce que la posible aplicación del principio de confianza legítima se asienta sobre el necesario examen de las circunstancias concretas que concurren en cada supuesto (comportamiento de la Administración, conducta sancionada, intereses generales y particulares en juego) y que no basta su alegación en relación con cualquier acto de la Administración que haya podido generar error en el administrado para entenderlo aplicable. En el supuesto concreto examinado en aquella ocasión el comportamiento de la Administración consistía en una recomendación expresa de que se moderasen las subidas de precios de los libros de texto, recomendación que se tradujo en un acuerdo de la Asociación Nacional de Editores de Libros y Material de Enseñanza (ANELE) de recomendación de precios a sus asociados. En nuestra Sentencia se concluyó que, efectivamente se había producido una conducta prohibida por la *Ley 110/1963* entonces en vigor pero que, sin embargo, la imposición de la sanción no era conforme a derecho debido a la aplicación del referido principio de confianza legítima.

Muy distinta es la situación de hecho en el presente caso. No hay en este caso un comportamiento activo de la Administración que recomendase la celebración de acuerdos por parte de las empresas concurrentes para que alcanzasen los objetivos ya señalados de hacer irrelevante la celebración del concurso. Lo que puede aducir a su favor la empresa recurrente es tan sólo la búsqueda por parte de la Administración de que el programa fuese adjudicado a empresas sólidas y que viese con buenos ojos que colaborasen en la ejecución del mismo un grupo de empresas líderes del sector. Sin embargo, la Administración sólo conoció la identidad de las ofertas y el compromiso entre ellas de colaboración en la ejecución a partir de la apertura de plicas en 1.992. Y de las propias argumentaciones aportadas por la actora se deduce que la Administración no era conocedora del ya referido entramado de acuerdos entre las empresas sancionadas. En lo que respecta a las campañas posteriores y, en concreto, a la de 1.995/96 objeto del expediente sancionador del que trae causa este recurso, el conocimiento y aceptación que la Administración pudiera tener de los pactos y compromisos de las empresas sancionadas entre si y con las de la competencia queda igualmente sin acreditar. Y debe subrayarse que hay mucha diferencia entre el conocimiento que pudiera tener sobre la colaboración entre ellas en cuanto a la ejecución del programa y el que fuese consciente del contenido de los pactos referidos, habida cuenta que las empresas sancionadas seguían concurriendo por separado, aunque con ofertas idénticas. Tanto más cuanto que lo que las empresas manifestaban en sus pliegos, según señala la actora, es que "de resultar alguna de ellas adjudicataria, participarán conjuntamente en la ejecución del programa en el lote o lotes adjudicados". Participación en la ejecución que, como ya se ha indicado, podía efectuarse sin duda mediante procedimientos acordes con la legalidad.

De todo ello se deduce que el interés de la Administración en que empresas sólidas del sector asumiesen el programa y su pasividad al tener constancia de ofertas idénticas de varias de ellas que manifestaban su intención de colaborar en la ejecución o la posterior solicitud de subcontratar la ejecución adjudicada a cada una de ellas con Mundosocial A.I.E., no puede ser alegado como un comportamiento que les llevase a engaño sobre la manifiesta ilegalidad de su conducta, consistente en el conjunto de acuerdos ya descritos, que no puede ser valorada desde el prisma del principio de confianza legítima.

[...] Sobre el motivo quinto, referido a la alegación de la jurisprudencia relativa a la falta de culpabilidad, el error invencible y el arrepentimiento espontáneo.

Reitera la actora en este motivo su alegación del principio de confianza legítima, tal como fue aplicado en la ya mencionada Sentencia de 23 de febrero de 2.000 , sobre el asunto ANELE. Añade asimismo, que en virtud de las mismas circunstancias que justifican su aplicación, procedería igualmente entender que no hubo culpabilidad por parte de la actora, que se vio inducida a un error invencible. Finalmente, apela la actora al compromiso suscrito por las empresas sancionadas ante el Tribunal de Defensa de la Competencia de cesar en su conducta y no volver a concurrir con ofertas idénticas. Entiende la recurrente que todas estas circunstancias se configuran como causas admitidas por la jurisprudencia de este Tribunal para anular o, subsidiariamente, reducir considerablemente la multa que se le ha impuesto.

Descartada ya la aplicación del referido principio de confianza legítima en los anteriores fundamentos de derecho, debe rechazarse también, por idénticas razones, la concurrencia de falta de culpabilidad o de error invencible como causas que pudiesen justificar, en su caso, la anulación o, subsidiariamente, la reducción de la multa, como solicita la actora. En relación con ambas alegaciones debe añadirse a lo ya indicado respecto a la manifiesta ilegalidad de la conducta, el que se trate de empresas importantes del sector que cuentan con asesoramiento legal, lo que excluye más aún si cabe tales causas de justificación de su conducta. Y, en cuanto al arrepentimiento espontáneo debe indicarse que el cese de la conducta o el

compromiso de no reincidir en ella como consecuencia de la apertura del expediente sancionador no supone que la infracción ya cometida haya de quedar sin sanción. Se rechaza por ello el motivo".>>

Estas consideraciones y las contenidas en otras sentencias recaídas sobre la misma resolución del TDC como son la de 24 de octubre de 2006 y 20 de diciembre de 2006 , permiten desestimar el recurso contencioso-administrativo.

SEXTO.- No se dan circunstancias de costas en la primera instancia, debiendo cada parte satisfacer las suyas en esta casación, de conformidad con el *art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional* .

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad EL REY,

FALLAMOS

Que declaramos haber lugar y, por lo tanto, ESTIMAMOS el presente recurso de casación nº 1634/2005, interpuesto por la Entidad VIAJES MARSANS, S.A., contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 19 de enero de 2005 , y debemos DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº 1000/2000, declarando conforme a Derecho la resolución recurrida; sin expresa condena en las costas de esta casación, debiendo cada parte satisfacer las suyas en cuanto a las de la instancia.

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 PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.