

**Id. Cendoj:** 28079230062013100448  
**Órgano:** Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 6  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 27/09/2013  
**Nº de Recurso:** 189/2012  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA  
**Procedimiento:** CONTENCIOSO  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

**Idioma:**

Español

---

**SENTENCIA**

Madrid, a veintisiete de septiembre de dos mil trece.

**Visto** el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Islaña Marítima de Contenedores S.A** , y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Jorge Laguna Alonso, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 de febrero de 2012** , relativa sanción, siendo **Codemandada** Balearia Eurolíneas Marítimas S.A., Mediterránea Pitiusa S.L. y Compañía Transmediterránea y la cuantía del presente recurso 495.826 euros.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Islaña Marítima de Contenedores S.A, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Jorge Laguna Alonso, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 de febrero de 2012, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta.

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

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

**TERCERO** : Habiéndose solicitado recibimiento a pruebas, practicadas las declaradas

pertinentes, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día diecisiete de septiembre de dos mil trece.

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

## **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO** : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 de febrero de 2012, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 495.826 euros por resultar acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 15 /2007 de Defensa de la Competencia.

**SEGUNDO** : La Resolución impugnada determina en su parte dispositiva, en lo que ahora interesa:

*"Primero.- Declarar que ... ISLEÑA MARÍTIMA DE CONTENEDORES, S.A., han infringido el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , al incurrir entre 2001 y 2010 en una conducta contraria al artículo 1 delimitada en el Fundamento de Derecho Tercero de esta resolución y tipificada como muy grave.*

*Segundo.- ...*

*Tercero.- Imponer las siguientes sanciones por las conductas declaradas contrarias a la ley 15/2007:...*

*- 495.826 € a ISLEÑA MARÍTIMA DE CONTENEDORES, S.A."*

De los hechos recogidos en la Resolución impugnada hemos de destacar:

*"ISLEÑA MARÍTIMA DE CONTENEDORES, S.A. (ISCOMAR)*

*(9) Constituida el 16 de octubre de 1979, se dedica fundamentalmente al transporte marítimo de pasajeros, vehículos y carga conectando la Península con las Islas Baleares y a éstas entre sí.*

*(10) ISCOMAR forma parte del Grupo Contenemar cuya matriz es Asmar Corporación Logística, S.L. ISCOMAR presentó el 3 de agosto de 2009 solicitud de declaración de concurso voluntario de acreedores y mediante Auto de 16 de octubre de 2009 el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Madrid (BOE de 26 de octubre de 2010, pagina 131000) declaró a la sociedad en concurso voluntario, disponiendo que el deudor conserve las facultades de administración y de disposición de su patrimonio, pero sometidas éstas a la intervención de la administración concursal y nombrando administradores del concurso a un abogado y a un administrador de cuentas (folios 2551-2559)."*

Continúa la Resolución fijando los hechos probados, de los que destacamos:

**"A. ENTRE 2001 y 2010 TRASMEDITERRANEA, BALEARIA (hasta 2003 UMAFISA) E ISCOMAR MANTUVIERON CONTACTOS Y REUNIONES, REALIZANDO NUMEROSOS ACUERDO**

S BILATERALES Y MULTILATERALES EN MATERIA DE INTERCAMBIOS DE ESPACIOS DE CARGA Y PASAJEROS EN SUS BUQUES, DE EXPLOTACION CONJUNTA DE LAS LINEAS MARITIMAS Y DE DIVERSOS PARAMETROS COMERCIALES COMO PRECIOS, HORARIOS, OFERTAS, TASAS, RECARGOS, DESCUENTOS U OTROS.

*Constan documentos en el expediente que contienen acuerdos bilaterales y multilaterales, en ocasiones firmados, y en ocasiones en versión borrador, entre las entidades TRANSMEDITERRANEA, BALEARIA e ISCOMAR, que pueden ser agrupados como sigue:*

- *Trasmediterránea y Umafisa: 2001-2003*
- *Trasmediterránea y Balearia: 2001-2010*
- *Balearia e Iscomar: 2003-2009*
- *Trasmediterránea e Iscomar : 2007-2009*
- *Balearia, Iscomar y Trasmediterránea: 2008-2009*

*Y cuyo contenido ha sido detallado por la Dirección de Investigación como sigue:...*

### **A.3 BALEARIA - ISCOMAR**

*(92) Fax del consejero delegado de ISCOMAR al presidente de BALEARIA de 5-02-03 (Recabado en formato papel en inspección de Balearia-Denia. Balearia, en su solicitud de reducción, ha aportado acuerdo Mediterráneo (folio 504) idéntico al folio 1381) sobre un acuerdo en el Mediterráneo en pasajeros, vehículos y carga en las líneas Alcudia-Ciudadela con un reparto al 50% y Denia-Ibiza-Palma con un reparto a decidir (folios 1381; 1396-1399).*

*(93) Correo de 7-02-03 (Recabado en formato papel en inspección de Balearia-Denia) del Consejero delegado de ISCOMAR al presidente de BALEARIA con copia al Director general (En ese momento, el actual director general de Trasmediterránea) de ISCOMAR sobre un posible acuerdo en las líneas Denia-Ibiza-Denia; Denia-Ibiza-Palma y Alcudia-Ciudadela con reparto al 50% y con comercialización a un precio concertado (folios 1400-1402).*

*(94) Acta de una reunión celebrada el 27-08-03 (Declaraciones y documento aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) entre BALEARIA e ISCOMAR en la oficina de esta última en Palma preparatoria de posibles acuerdos para la explotación conjunta de las líneas Alcudia-Ciudadela-Barcelona y Denia-Ibiza-Palma que, de acuerdo con declaraciones de BALEARIA en su solicitud de reducción, no se llegaron a concretar (folios 3098; 3170-3181). A la reunión asistieron por parte de BALEARIA, entre otras, el director general de carga y por parte de ISCOMAR, entre otras, el director general, el delegado en Menorca y un consejero. El acta fue remitida el 29-08-08 por fax por UMAFISA a BALEARIA.*

*(95) Correo interno de BALEARIA del director general de carga al presidente de 11-09-03 (Declaraciones y documento aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) en el que se da traslado de una reunión mantenida con ISCOMAR sobre un posible acuerdo de colaboración y sobre otra reunión mantenida*

entre BALEARIA y TRASMEDITERRÁNEA (folios 3098; 3182-3183). A la reunión con ISCOMAR asistieron por parte de esta empresa el director general, el delegado en Menorca y un consejero.

(96) Borrador de acuerdo de septiembre 2003 (Declaraciones y documento aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción. Los términos del acuerdo son prácticamente idénticos que los del borrador de acuerdo de septiembre de 2003 entre Trasmediterránea y Balearia) a firmar entre el presidente de BALEARIA y el consejero delegado de ISCOMAR (folios 3098-3099; 3185-3193) cuyo objeto era la optimización, con reparto de ingresos y gastos, de los servicios de transporte marítimo de pasajeros, vehículos y carga rodada en las líneas marítimas Barcelona-Ciudadela/Mahón; Alcudia-Ciudadela/Mahón; Denia-Ibiza; Ibiza-Palma y Denia-Palma. En las líneas con Menorca, el reparto es al 50%. En el resto, al 65%-BALEARIA/35%-ISCOMAR. En el borrador de acuerdo se contemplaba la posibilidad de que BALEARIA repartiera con TRASMEDITERRÁNEA el 33,3% de ingresos y gastos en la línea Barcelona-Ciudadela en tanto se consiguiera con esta compañía un acuerdo en las líneas Denia- Ibiza y Barcelona-Mahón aceptado por ISCOMAR.

El borrador contemplaba el cargo de un porcentaje idéntico sobre las ventas en concepto de gastos generales y comerciales y la posibilidad de comercializar los servicios realizados por la otra parte que no figuran en el mismo en las mismas condiciones y precios que tuviera la empresa prestataria del citado servicio. Asimismo, se incluía un intercambio de slots. Según declaraciones de BALEARIA en su solicitud de reducción, este intercambio fue lo único que llegó a aplicarse en la práctica. El acuerdo entraría en vigor el 29-09-03 y tendría una duración anual prorrogable por períodos iguales.

(97) Borrador de acuerdo de 26-09-03 (Declaraciones y documento aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) ([...]) cuyo objeto era el intercambio de metros lineales en las líneas Barcelona-Ibiza; Barcelona-Mahón; Ibiza- Formentera; Valencia-Palma; Barcelona-Palma/Ibiza. En el acuerdo se contemplaba la no contabilización como metros lineales liquidables de los metros de las cabezas tractoras en la carga autopropulsada "para compensar el menor coste portuario de la carga autopropulsada respecto de la manipulada".

Asimismo, el acuerdo contemplaba que una de las dos firmantes alcanzara un acuerdo de explotación conjunta, venta o intercambio de slots con TRASMEDITERRÁNEA en alguna línea de este acuerdo, en cuyo caso dicho acuerdo debería prever el mantenimiento de este acuerdo tanto en sus barcos como en los de TRASMEDITERRÁNEA. El acuerdo entraría en vigor el 29- 09-03 y tendría una duración de un año prorrogable tácitamente.

(98) Correo de 20-12-03 (Recabado en formato electrónico en inspección Balearia) (folios 4251-4254) de ISCOMAR a BALEARIA en el que le manifiesta la reticencia de su empresa a "ampliar la colaboración" con BALEARIA por diversas razones y le remite estadísticas del tráfico Barcelona-Mahón de dos buques de BALEARIA en el período julio 2003 - diciembre 2003.

(99) Correo de 27-06-06 (Recabado en formato electrónico en inspección Balearia) (folios 4280-4281) cruzado entre ISCOMAR y BALEARIA para proceder al embarque de pasajeros de ISCOMAR en buque de BALEARIA en la línea Barcelona-Mahón. El embarque se hace de acuerdo con un planteamiento que se entiende responde a "lo que está acordado entre ISCOMAR y BALEARIA". Asimismo, BALEARIA informa a

ISCOMAR del "precio inter-navieras actualmente en vigor".

(100) Acuerdo de 28-09-06 (Recabado en formato papel en Inspección Balearia-Barcelona) (folios 1116-1117) firmado entre el presidente de BALEARIA y el consejero delegado de ISCOMAR por el que se concierta el embarque recíproco de carga autopropulsada con chófer en las rutas interinsulares Mallorca-Menorca, Mallorca-Ibiza e Ibiza-Formentera. Se establecen precios de intercambio y una cláusula por la que ambas empresas se comprometen a respetar a los clientes exclusivos de la otra naviera. La duración del acuerdo es de un año a contar desde el 2-10-06.

(101) Addendum de 23-03-07 (Recabado en formato papel en Inspección Balearia-Barcelona) (folio 1143) por el que se prorroga el acuerdo anterior y se modifica retirando BALEARIA un buque en temporada baja de una línea en la ruta Mallorca-Menorca.

(102) BALEARIA en su solicitud de reducción (Declaraciones y documentos aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) ([...]) [...] en 2007 se celebró un acuerdo (folios 725-727) entre BALEARIA e ISCOMAR en la línea Alcudia- Ciudadela que implicaba un acuerdo de precios para esta ruta. El acuerdo comenzaría el 1 de octubre de 2007 y finalizaría el 23 de marzo de 2008. Se facilitó copia del acuerdo al Gobierno de las Islas Baleares (folio 728).

(103) Acuerdo de 23-03-07 (Recabado en formato papel en Inspección Balearia-Barcelona y en formato electrónico en inspección Balearia) firmado por el presidente de BALEARIA y el consejero delegado de ISCOMAR (folios 1140-1142; 4284-4286) por el que se concertaba el embarque recíproco entre ambas empresas de pasaje y carga autopropulsada con/sin chófer en las rutas Península-Baleares (Cataluña-Isla de Ibiza/Menorca, Levante-Isla de Ibiza, Cataluña-Mallorca, Levante-Mallorca), se establecen precios de intercambio y una cláusula por la que ambas empresas se comprometen a respetar a los clientes exclusivos de la otra naviera. La duración del acuerdo es de un año a contar desde el 26-03-07.

(104) Addendum de 28-09-07 (Recabado en formato papel en Inspección Balearia-Barcelona y en formato electrónico en Balearia) (folios 1118; 4288) por el que se prorrogaba el acuerdo anterior y se modificaba la colaboración en una línea de las rutas Cataluña-Isla de Ibiza y Cataluña-Menorca.

(105) En correo interno de 17-03-08, aportado por Balearia en su solicitud de reducción y recabado en formato electrónico en la inspección a Balearia, del director general de carga al presidente de BALEARIA se informa sobre una reunión de 13-03-08 (folios 629; 4301-4302) en la sede de BALEARIA de Barcelona con, entre otros, el director general de carga de ISCOMAR con propuesta de acuerdo y convocatoria de una nueva reunión para el 28-03 en Denia, y en el que se lee:

"El acuerdo básicamente sería para incrementar los precios entre Denia e Ibiza..." y los puntos mas relevantes que resumen serían los siguientes:

- Intercambiar listas de clientes autopropulsado y logística distinguiendo clientes exclusivos/compartidos.

- Compromiso de no embarcar clientes de la lista de una naviera en la otra. Disuadir mediante tarifón e incluso notificando falta espacio en buque.

- Incremento de precios a la mayor brevedad y, como pretexto, la subida del carburante.

- Acuerdo precio m/l y plataformas clientes nuevos con mínimas diferencias entre ambas navieras.

- Acuerdo precio intercambio para situaciones de fuerza mayor o exceso demanda.

(106) Borrador de acuerdo de 4-04-08 (Recabado en formato papel en Inspección Balearia-Palma y en formato electrónico en inspección Balearia (4308; 4310) a firmar entre el presidente de BALEARIA y el consejero delegado de ISCOMAR (folios 1320; 4308; 4310) por el que se concertaba el embarque recíproco de carga autopropulsada con/sin chófer o rolonizada en líneas de las rutas Cataluña-Isla de Ibiza/Menorca, Levante-Isla de Ibiza, Mallorca-Isla de Ibiza, Mallorca-Levante, Cataluña- Mallorca y Levante-Mallorca y se establecía un precio de intercambio. La duración del acuerdo sería de un año a contar desde el 4-06-08.

(107) Correo de 5-04-08 (Recabado en formato electrónico en inspección Balearia) (folios 4306-4307) del director general de carga de BALEARIA al director general de ISCOMAR con copia al presidente de BALEARIA y otros directivos de ISCOMAR manifestando su conformidad a los comentarios del director general de ISCOMAR sobre el acuerdo de 4-04-08. En particular, se refiere a la cláusula de clientes exclusivos de la que indica que "no es para firmar por cuestiones obvias de TDC y por no estar suficientemente maduro el mercado". Según correo de la misma fecha del director general de carga de BALEARIA a directivos de esta empresa (folios 4309-4310) el acuerdo entró en vigor el día anterior.

(108) Entre el 12 y 16-05-08 (Declaraciones y documentos aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción. Recabado en formato papel en inspección Balearia-Palma) (folios 680; 687; 1270; 2617) se celebró reunión en la sede de ISCOMAR de Palma, aportado por Balearia en su solicitud de reducción y recabado en formato electrónico en la inspección a Balearia, en la que se abordaron: aplicación del cargo de combustible (BAF, Bunker Adjustment Factor. Cláusula utilizada en el comercio internacional para ajustar las fluctuaciones del precio del crudo.) durante ese mes; incremento de precios de pasaje y vehículos en las líneas Valencia-Palma y Barcelona-Palma; establecimiento de una diferencia máxima del 30% en el precio de ambas navieras en la línea Denia-Ibiza y establecimiento de un precio de intercambio en caso de incidencias.

(109) El 20-05-08 (Declaraciones y documento aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) (folios 681; 689) se produjo conversación telefónica en la que se acordó retrasar la aplicación del BAF por parte de ISCOMAR al 4 de junio; el importe de los cargos y los precios de tarifa oficial y oferta 48 horas en las líneas Península-Baleares.

(110) Correo interno de 22-09-08 (Recabado en formato electrónico en inspección Balearia) (folios 4393-4397) del director de informática al presidente de BALEARIA y otros directivos remitiendo otro del (El abogado interno de Balearia remite este correo desde una dirección webmail) abogado interno de esta empresa al consejero delegado y al director general de ISCOMAR en el que se adjunta borrador de acuerdo de 18-09-08. Éste tiene por objeto posibilitar y garantizar los servicios de carga autopropulsada en los buques de ambas compañías en líneas de las rutas Cataluña-Menorca, Cataluña-Isla de Ibiza, Cataluña- Mallorca, Mallorca-Menorca,

*Levante-Isla de Ibiza y Levante-Mallorca. Se establece un precio de intercambio. La duración del acuerdo para las líneas de Cataluña con las islas menores sería del 18-09-08 hasta el 30-05-09 y para una línea de la ruta Mallorca-Menorca hasta el 30-03-09.*

*(111) Correo interno de 24-09-08 (Recabado en formato electrónico en inspección Balearia) (folios 4398-4400) del director general de carga al director de zona de Baleares y Estrecho de BALEARIA adjuntando borrador de addendum al borrador de 18-09-08 para el tráfico interinsular balear que se refiere a una línea en la ruta Mallorca-Menorca. Se establece un precio de intercambio.*

*(112) Nota manuscrita de 6-11-08 (Recabado en formato papel en inspección Balearia-Palma) (folio 1235) en la que consta "Acuerdo ISCOMAR:*

*+ ISC = BM+BI*

*+ BAL = DI*

*CB con un barco cada uno".*

*Parece referirse a la creación de una comunidad de bienes entre las dos compañías en la que cada una aportaría un barco. ISCOMAR realizaría las líneas Barcelona-Mahón y Barcelona-Ibiza y Balearia operaría la línea Denia-Ibiza.*

*(113) Entre el 22-10-08 y el 26-03-09 se cruzaron varios correos (folios 4423-4426; 4441-4448; 4455-4457; 4471-4477; 4503-4506) (Recabados en formato electrónico en inspección Balearia) entre BALEARIA e ISCOMAR remitiendo variaciones al borrador de 18-09-08. Se proponía la creación de una o varias comunidades de bienes pues, a juicio del presidente de BALEARIA, "las autoridades de competencia las verían con muy buenos ojos con la que está cayendo" (folio 4426). Esta idea, no obstante, se rechazó pues el gabinete jurídico de BALEARIA recomendó expresamente que "en el ámbito de la CB debíamos descartar la idea de subida de precios" (folio 4445). El acuerdo supondría la retirada de un buque por parte de cada empresa en líneas de las rutas Cataluña-Isla de Ibiza/Cataluña-Menorca (BALEARIA) y Levante-Isla de Ibiza (ISCOMAR) (folios 4426; 4446; 4455; 4505). A juicio del presidente de BALEARIA, "son tiempos de acordar y no de guerrear" (folio 4426).*

*(114) En uno de los correos, el director general de negocio de BALEARIA manifiesta, a raíz de una nueva propuesta, que "deberíamos fijar unas tarifas más acordes con el precio de venta actual (PVP -20%) y establecer un mínimo de PVP para evitar una guerra de precios" (4503).*

*(115) BALEARIA aporta en el marco de su solicitud de reducción documentación contable que refleja la facturación cruzada entre ambas empresas desde 2001 (folios 5541-5552)."*

*También se declara probado:*

*"A.4. TRASMEDITERRÁNEA - ISCOMAR*

*(116) Entre el 27-12-07 y el 9-01-08 (Recabado en formato electrónico en inspección Trasmediterránea) (folios 3383-3393) se cruzaron varios correos entre ACCIONA-TRASMEDITERRÁNEA e ISCOMAR a propósito de un acuerdo con entrada en*

vigor el 9 de enero que se adjunta y cuyo objeto es el tráfico roro (Roll-on/roll-off (de carga) en los tráficos península-Baleares. Cada empresa retiraba un buque y dejaba otro realizando los dos buques que quedan el tráfico conjunto según itinerario pactado. Ambas partes garantizan a la otra el uso preferente de determinados huecos a un precio de intercambio preestablecido. El acuerdo estaría vigente de 9-01-08 a 15-10-08 prorrogable por períodos anuales de forma automática.

(117)Nota manuscrita de reunión de 8-04-09 (Recabado en formato papel en inspección Trasmediterránea-Palma. Despacho del director de carga de Baleares) (folio 873) en la que constan:

- Intercambio mismos metros mismos PAX
- Vender pasaje plazas acordadas al mismo precio nuestro - Mahón/Ibiza
- Plazas limitadas a precio mayorista
- Margen sobre precio de mercado entre 15/20%
- Antes de inicio de nuevo acuerdo consolidar cuentas antiguas

(118)Reunión de 15-04-09 (Recabado en formato papel en inspección Trasmediterránea-Palma) (folio 997) a la que asistieron el consejero delegado y el director general de ISCOMAR y el director general y el director de pasaje de TRASMEDITERRÁNEA. En la reunión se trataron diversos aspectos relacionados con carga y pasaje entre los que cabe destacar la fijación de un precio de intercambio en carga y la venta de pasaje por parte de ISCOMAR en líneas de las rutas Cataluña-Isla de Ibiza y Cataluña- Menorca de TRASMEDITERRÁNEA a los precios de ésta y con un margen predeterminado y la venta de pasaje por TRASMEDITERRÁNEA en una línea de la ruta Levante-Isla de Ibiza de ISCOMAR a los precios de ésta y con el mismo margen predeterminado.

(119)Correo interno de 15-04-09 (Recabado en formato papel en inspección Trasmediterránea-Palma) (folio 980) del director de carga de Baleares de TRASMEDITERRÁNEA en el que informa al director general y otros directivos de peticiones de ISCOMAR para llegar a un acuerdo que incluyen la no incorporación de un buque en las islas menores. Se sugiere consolidar y liquidar saldos de temporadas anteriores.

(120)Acuerdo de 15-07-09 (Aportado por Balearia como elemento de prueba que acompaña a su solicitud de reducción) (folios [...]) entre Tasmar Logística, S.A., filial de ISCOMAR, y TRASMEDITERRÁNEA por el que la primera pacta la reserva de unos espacios en los buques de la segunda a unos precios preestablecidos a cambio de la exclusividad de los embarques de Tasmar en la compañía naviera.

#### A.5. BALEARIA - ISCOMAR - TRASMEDITERRÁNEA

(121)En marzo 2008 (Declaraciones aportadas por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) (folios [...]) se produjo una reunión entre las 3 empresas en la sede de TRASMEDITERRÁNEA en Palma (Asistentes: Balearia - entre otras, presidente, director general de carga y director zona Baleares y Estrecho; Acciona - director general de Trasmediterránea, directora gerente Acciona Logística, director de carga de Baleares, delegado de Palma y ex director general de carga; Iscomar - consejero

delegado, director general, consejero y ex director general de carga) en la que TRASMEDITERRÁNEA propuso poner fin a la guerra comercial iniciada en enero 2006 y establecer acuerdos de incremento de precios vinculados a conceptos concretos (BAF por ejemplo). Se definió una hoja de ruta para concretar estos incrementos de precios y las fórmulas que permitieran el mutuo respeto de las carteras de clientes. Se acordó limitar el número de interlocutores.

(122)El 2-06-08 (Declaraciones y documento aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción. Recabado en formato papel en inspección Balearia-Palma) (folios 681; 691; 1273) se produjo una reunión en Palma entre las 3 empresas en la que se acordó nueva subida del BAF para pasaje y vehículos por incremento precio combustible que se anunciaría a partir del 9 de junio y se aplicaría a final de mes. Se acordó con ISCOMAR el incremento de precios en la línea Valencia-Palma y Barcelona-Palma.

La cita de esta reunión está recogida en las agendas del director general de TRASMEDITERRÁNEA y la directora gerente de Acciona Logística (folios 3857; 3874).

(123)Nota manuscrita de reunión navieras el 4-06-08 (Recabado en formato papel en inspección Trasmediterránea-Madrid) (folio 1053). Se trataron los siguientes asuntos:

- Actualización de precios: flete+BAF transporte marítimo
- Cobro de cabeza tractora

(124)Correo interno de 12-06-08 (Recabado en formato electrónico en inspección Balearia) del director general de carga al presidente de BALEARIA informando sobre una reunión de 11-06-08 (folios 4342-4343) con ISCOMAR y TRASMEDITERRÁNEA en la que se convocó una nueva reunión para el 19-06 y se trataron los siguientes temas:

- La aplicación del BAF se está consolidando: TRASMEDITERRÁNEA e ISCOMAR ya han aplicado la segunda revisión y revisarán el 1º día del mes y BALEARIA ya ha comunicado la segunda revisión y revisará el 10º día del mes.

- Cobro de cabezas tractoras: TRASMEDITERRÁNEA cobrará 100€ a partir 1 julio; ISCOMAR 95€ en julio sin especificar fecha y BALEARIA igual que TRASMEDITERRÁNEA pero al principio no a todas las cargas.

- Subida de precios de las navieras: se estudia aplicación de precios mínimos.
- Subida de precios del transporte por carretera de las empresas logísticas de alrededor del 10%: la propondrá TRASMEDITERRÁNEA en próxima reunión.
- Optimización de buques y sus rotaciones.
- Precios de intercambio: se analiza aplicación del BAF.

(125)Nota manuscrita de reunión de 19-06-08 (Recabado en formato papel en inspección Trasmediterránea-Palma) (folios 895- 896) en la que consta:

- Cabezas tractoras: CT 1 julio; BAL - 14 julio; IC 17 julio. Aparecen también los importes de las tres empresas

- Transporte terrestre: subida el 1 de julio.
- Manipulado Ro-Ro - 100€= subida 1 septiembre
- Fecha de aplicación a los 3 metros de la cabeza tractora del precio m/l.- 1 septiembre
- Celebración de reuniones fuera de recintos e instalaciones propias.
- Subida de precios mínimos por parte de TRASMEDITERRÁNEA.

La cita de esta reunión, celebrada en las oficinas de BALEARIA de Barcelona, está recogida en la agenda de la directora gerente de Acciona Logística (folio 3852).

(126)En junio de 2008 (Declaraciones aportadas por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) ([...]) se celebró una reunión en la sede de TRASMEDITERRÁNEA de Palma en la que se acordó subida escalonada del precio del BAF a partir de julio de 2008 estableciéndose el orden (1º BALEARIA, 2º TRASMEDITERRÁNEA, 3ª ISCOMAR) y que el período de aplicación de subida entre una y otra compañía sería de 10 a 15 días.

(127)En julio 2008 (Declaraciones aportadas por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) (folio [...]) se celebró reunión en un hotel de Lérida para seguimiento de la subida del BAF, establecimiento de mecanismos de cobro sobre las cabezas tractoras de las empresas logísticas y aplicación del BAF sobre las mismas. Se discutió por la captación de clientes de unas navieras a otras y se habló de la posibilidad de intercambiar información sobre clientes morosos para endurecer las condiciones de embarque de forma coordinada.

(128)Nota manuscrita de 1-09-08 (Recabado en formato papel en inspección Balearia-Palma) (folio 1228) en la que consta que en las líneas Denia-Palma, Valencia-Palma, BALEARIA reduce un FC (ferry convencional) y Acciona [TRASMEDITERRÁNEA] un FF (fast ferry), por lo que se produce una fuerte reducción de la oferta. En las líneas Denia-San Antonio, Denia-Ibiza y Valencia- Ibiza Balearia reduce un FC y Acciona [TRASMEDITERRÁNEA] 1 FF por lo que se produce una moderada reducción de la oferta. En la línea Palma-Ibiza Acciona [TRASMEDITERRÁNEA] reduce un FF y se produce una fuerte reducción de la oferta.

(129)Correo interno de BALEARIA de 4-09-08 del director general de carga al presidente en el que manifiesta su opinión sobre una propuesta de acuerdo remitida el 3-09-08 (Recabado en formato electrónico en inspección de Balearia) (folios 4376-4377) por el consejero delegado de ISCOMAR al presidente de BALEARIA y al director general de TRASMEDITERRÁNEA consistente en la existencia de un solo buque diario a Ibiza y Mahón durante la temporada baja quitando un buque ISCOMAR y otro BALEARIA durante dos meses y un buque TRASMEDITERRÁNEA durante un mes.

(130)Nota manuscrita de reunión de 15-09-08 (Recabado en formato papel en inspección Trasmediterránea-Palma) (folios 900- 901) en la que consta:

- 1) Agravios y desviaciones en un plazo de 1 semana
- 2) Convocar a las empresas participadas

3) Reforzar acuerdo marzo y cita:

- Clientes compartidos: lista, censo histórico enero-abril con porcentaje, intercambiar precio, volcar información quincenal.

- Equiparación de fletes+BAF

- Islas Menores: 10% recargo

- Aplicar BAF por todos los metros

- Aplicar 100€ cabeza tractora 1 octubre

La cita de esta reunión está recogida en la agenda del director general de TRASMEDITERRÁNEA (folio 3861).

(131) Correo de 25-11-08 (Recabado en formato electrónico en inspección Balearia) del consejero delegado de ISCOMAR al director general de TRASMEDITERRÁNEA y al presidente de BALEARIA en el que expone sus conclusiones sobre la reunión del día 24-11-08 (folio 4458):

- ISCOMAR dispuesta a retirar un buque siempre que BALEARIA quite otro y se produzca intercambio de slots de carga y capacidad de venta de pasaje; TRASMEDITERRÁNEA debería quitar también un barco pero no es condición indispensable.

(132) En febrero 2009 (Declaraciones aportadas por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) ([...]) tuvo lugar una reunión en las oficinas de TRASMEDITERRÁNEA en Palma en la que tanto BALEARIA como TRASMEDITERRÁNEA reprocharon a ISCOMAR el acercamiento a sus clientes. Todas las empresas coincidían en que se debían controlar las acciones comerciales de cada una dado que el objetivo de los contactos era subir precios y mantener el status quo entre las tres empresas.

(133) Correo de 17-02-09 (Recabado en formato electrónico en inspección Balearia. Enviado desde una dirección webmail) (folio 4493) del director general de TRASMEDITERRÁNEA al presidente de BALEARIA en el que le informa de una reunión con el consejero delegado de ISCOMAR ese día.

(134) Nota manuscrita de reunión de 24-02-09 (Recabado en formato papel en inspección Trasmediterránea-Palma) (folio 867) en la que constan los siguientes asuntos:

- "Paro de acciones inmediata

- Subida 15 marzo: ISCOMAR no quiere subir primero - propone 30 marzo; BALEARIA el 15 abril.

- Cruzamos escritos comunicación

- Lista clientes contrato."

(135) Acuerdo de 18-02-09 (Recabado en formato electrónico en inspección Balearia. Como en los acuerdos de 18-12-08 y 15-03-09 entre Balearia y Trasmediterránea no

se contemplan signatarios y se indica al final que ambas partes manifiestan su conformidad con el contenido del acuerdo) (folios 4042-4043) entre las tres empresas cuyo objeto es complementar los distintos servicios que prestan en determinadas líneas en Baleares garantizándose recíprocamente espacios para carga los días que la otra compañía no disponga de servicios a un precio de intercambio preestablecido. Las líneas afectadas son Barcelona-Mahón, Barcelona-Isla de Ibiza, Barcelona-Palma, Valencia-Isla de Ibiza, Valencia-Palma y Denia-Ibiza. Cada compañía retira un buque o abandona una línea.

(136)El 3-03-09 (Declaraciones aportadas por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) (folios 716; 741-742) se celebró reunión en un hotel de Valencia en la que se controlaba si las compañías realizaban las subidas de precios pactadas y si se respetaban los clientes respectivos mediante ofertas disuasorias para que los clientes desistieran. Las reuniones celebradas a partir de marzo tenían por objeto mantener el status del momento de reparto de clientes, controlar que las subidas de precios pactadas se realizasen y promover acciones para procurarse ingresos extraordinarios (folio 741).

(137)Nota manuscrita de reunión el 4-04-09 (Recabado en formato papel en inspección Trasmediterránea-Palma) (folio 868) en la que constan los siguientes asuntos:

- "Aumento lineal NO
- S/R 10-13-16 (incluye cabeza tractora)
- IC [ISCOMAR] le parece una subida alta
- IC no sube el primero, necesita confianza y estabilidad del mercado"

(138)Nota manuscrita de reunión el 27-04-09 (Recabado en formato papel en inspección Trasmediterránea-Palma) (folios 875- 878) en la que constan:

- "Posibles subidas: código ISPS, costes financieros, retornos
- Intercambio listado clientes morosos - cada 15 días
- IC - subir manipulado
- IC - subida vía BAF o T3 2 a 3 euros
- BAL - 5% lineal puerta a puerta. 4/5 euros
- CT - 3/5 euros
- 1 Junio: CT primero, IC segundo, BL tercero. IC lanzar 15 mayo
- Retornos - lo tiene que consultar a Andrés. Miedo a tribunal competencia. Muchas subidas
- IC dice que CT salga primero"

(139)El 22-05-09 (Declaraciones aportadas por Balearia en el marco de su solicitud

de reducción) (folio [...]) se celebró una reunión tripartita en un hotel de Barcelona en la que se informó a ISCOMAR de los aspectos tratados entre BALEARIA y TRASMEDITERRÁNEA en la reunión de mayo 2009.

(140)Según declaración de BALEARIA en su solicitud de reducción, las reuniones semanales previstas en la reunión del 16-06- 09 se celebraron en junio, julio y septiembre paralizándose la última semana de este mes por la situación económica de ISCOMAR. En ellas, se cruzaba información sobre clientes que se han pasado de una compañía a otra y se daba cuenta de los incumplimientos respecto de las subidas de precios pactadas. La primera reunión tuvo lugar en un hotel de Barcelona el 29-06- 09 (Declaraciones y documentos aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) (folios [...]). En ella se materializó la introducción del ISPS (2€) a partir del 1 de julio y de la tasa de servicios portuarios (2,4€) a partir del 16 de julio. ISCOMAR no llegó a aplicar el recargo aduciendo situación de precariedad económica.

En esta reunión se habló también de las agencias de transporte (representan un porcentaje alto de la carga de las navieras), que en vez de subir tarifas las bajaban, lo que provocaba una reducción de precios en contra del objetivo perseguido por los acuerdos (folio 753).

(141)Nota manuscrita de reunión el 29-06-09 (Recabado en formato papel en inspección Trasmediterránea-Palma) (folios 890- 891) en la que constan:

- "BAL asegurado combustible
- IC subió; sube de forma generalizada; 2,5 euros/ml
- BAL 2,4 euros/ml"

(142)En julio 2009 (Declaraciones y documentos aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) se celebró la segunda reunión (folios 744; 756-757). En ella, TRASMEDITERRÁNEA comunicó el nombre de clientes de logística a los que habían subido el precio desde el 1 de julio con el objeto de evitar que las otras dos compañías les fueran a dar cobertura. Además, se informó de los precios que habían fijado a sus compañías de cargo: ISCOMAR - 180€, TRASMEDITERRÁNEA - 150 € y BALEARIA - 100€. BALEARIA aplicó la subida a las nuevas peticiones de servicio. En esta reunión también se acordó respetar los clientes estrella de cada naviera (folio 2616).

El 20-07-09 (Declaraciones y documento aportados por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) se celebró una nueva reunión en un hotel de Barcelona en la que se reprocharon el desvío de clientes de una compañía a otra (folios [...]).

La primera semana septiembre (Declaraciones aportadas por Balearia en el marco de su solicitud de reducción) (folio [...]) hubo una nueva reunión en la sede de TRASMEDITERRÁNEA en Madrid en la que se habló de la precariedad de ISCOMAR y del trasvase de clientes hacia las otras dos compañías. Se acordó el intercambio de información sobre estos clientes para asignar los compartidos a cada una de ellas y repartir los exclusivos.

La última semana septiembre (folio 744) se acordó en una nueva reunión suspender las reuniones semanales ya que ISCOMAR estaba próxima a la suspensión definitiva de sus servicios.

(143) Además de las reuniones citadas en los párrafos precedentes, en las agendas del director general de TRASMEDITERRÁNEA y la directora gerente de Acciona Logística se han detectado citas que pudieran estar relacionadas con otras reuniones similares. Por orden cronológico, éstas son: reunión navieras BAL 14-07-06 (folio 3854); reunión con ISCOMAR BCN 16-04-08 (folio 3855); reunión palma BALEARIA 13-05-08 (folio 3856); reunión BALEARIA (folio 3875); reunión navieras 27- 05-08 (folio 3853); navieras Denia 4-07-08 (folio 3859); consejero delegado ISCOMAR/presidente BALEARIA 10-09-08 (folio 3860); navieras 18-12-08 (folio 3861); navieras Valencia 13-02-09 (folio 3863); almuerzo director general ISCOMAR 16-04-09 (folio 3865); consejero delegado ISCOMAR 5-06-09 (folio 3866); consejero delegado ISCOMAR 8-07-09 (folio 3867); consejero delegado ISCOMAR 17-09-09 (folio 3869); almuerzo presidente de BALEARIA 1-10-09 (folio 3870)."

Termina la Resolución concluyendo, como hechos probados:

*"C. EN LOS ACUERDOS, CONTACTOS Y REUNIONES DETALLADOS ANTERIORMENTE SE ACORDARON INCREMENTOS DE PRECIOS DE LOS SERVICIOS; LOS PRECIOS DE INTERCAMBIO DE LOS SERVICIOS; INTRODUCCIÓN O REACTIVACIÓN DEL BAF MARÍTIMO, EL BAF TERRESTRE EN FUNCION DEL PRECIO DEL GASOIL; INTRODUCIR UNA TASA DE SERVICIOS PORTUARIOS; Y UN REPARTO DEL MERCADO VIA CUOTAS O CLIENTES..."*

A continuación se analizan todos los aspectos señalados, determinando los hechos concretos que los fundamentan.

Estos hechos resultan del expediente y son asumidos por la Sala.

**TERCERO** : Entraremos ahora en el examen de las alegaciones de la actora:

1.- Se afirma que la delicada situación financiera de la recurrente implica que no participó en la conducta anticompetitiva; pero ello no puede ser aceptado ya que, nada impide, que se produzca la conducta y que el resultado económico sea adverso, pues éste es el resultado de la confluencia de muchos factores.

2.- Tampoco el que no se dirigiera el expediente sancionador frente a la recurrente desde el principio o no se registrara su sede, implica su falta de participación, pues los datos que fundaban la misma fueron encontrados en un momento posterior. No se ha producido indefensión pues la actora ha participado en el expediente desde el momento en que el mismo se dirigió frente a ella.

3.- El que el transporte que nos ocupa sea un servicio público, no implica que no se preste en concurrencia. De los hechos probados resulta la participación de la recurrente en la conducta, sin que en ningún caso su comportamiento se limitase a utilizar servicios de las demás compañías en caso de avería.

4.- La falta de prueba directa de que la actora fuese parte de un cártel no impide que efectivamente lo sea, y resulte de su comportamiento, pues siguió la actuación de las restantes compañías respecto a precios, BAF, tasa y reparto de mercado.

En este punto hemos de recordar el concepto de prueba de indicios. Es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997 421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998741 ) y 28 de enero de 1999

(RJ 199974). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

Pues bien, el comportamiento de la recurrente, resultante de los hechos expuestos anteriormente, supone necesariamente la participación en los acuerdos relativos a los extremos señalados, sean estos expresos o no.

Este comportamiento no puede ser calificado de joint venture pues no se trata de una asociación de facto para la explotación de una actividad económica, sino que una concertación entre empresas que actúan independientemente en el mercado. Tampoco es semejante a los vuelos de código compartido pues, como hemos señalado, la concertación no se limita a transportes puntuales, sino que incide sobre precios, BAF, tasa y reparto de mercado.

En cuanto a la prescripción, nos encontramos ante una conducta continuada que termina en 2009, y por ello, cuando se dirige el expediente sancionador frente a la actora en 2010, no se había producido la prescripción. Al ser la conducta continuada, no puede tomarse para el inicio del cómputo de la prescripción el 2003 cuando se produce el acuerdo.

**CUARTO** : Respecto de la calificación jurídica de esta conducta, hemos de recordar lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007 :

*"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:*

*a. La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*

*b. La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*

*c. El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*

*d. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

*e. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."*

El artículo 101 del TFUE :

*"1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del*

*mercado interior y, en particular, los que consistan en:*

*a. fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;*

*b. limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;*

*c. repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;*

*d. aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*

*e. subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos."*

La recurrente sostiene, implícitamente, que la CNC ha subsumido incorrectamente la conducta al considerarla anticompetitiva por objeto, cuando la calificación correcta sería por el efecto, y tal efecto no se ha probado.

La actividad tipificada en el tipo sancionador del artículo 1 lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. La conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.

Pues bien, al margen de que no es comprensible una conducta de acordar condiciones económicas y reparto del mercado, si no lo es bajo el prisma de tratar de uniformar las condiciones comerciales y eliminar la incertidumbre, y por ello, con el objeto de restringir, falsear o eliminar la competencia, lo cierto es que tales conductas tenían aptitud para distorsionar la libre competencia, y cualquiera de las entidades implicadas, desplegando la diligencia exigible, podía fácilmente concluir, que tal comportamiento podía tener un efecto restrictivo de la competencia. Por ello la conducta es subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007 .

Se denomina cartel o cártel a un acuerdo formal entre empresas del mismo sector, cuyo fin es reducir o eliminar la competencia en un determinado mercado. Los cárteles suelen estar encaminados a desarrollar un control sobre la producción y la distribución de tal manera que mediante la colusión de las empresas que lo forman, estas forman una estructura de mercado monopolística, obteniendo un poder sobre el mercado en el cual obtienen los mayores beneficios posibles en perjuicio de los consumidores. Por ello, las consecuencias para estos son las mismas que con un monopolista.

Estos elementos aparecen en los hechos que enjuiciamos, por, con independencia de que el comportamiento pueda calificarse de la cártel, es evidente que se ha producido un acuerdo de voluntades contrario a la libre competencia en los términos expresados.

Por último nada se dice sobre la graduación de la sanción en la demanda, y la Sala aprecia que se ha razonado suficientemente en la Resolución, teniendo en cuenta que se han especificado las circunstancias concretas y se ha señalado correctamente el mercado afectado.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

Procede la imposición de costas a la recurrente conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción dada por la Ley 37/2011.

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

## **FALLAMOS**

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Islaña Marítima de Contenedores S.A** , y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Jorge Laguna Alonso, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 23 de febrero de 2012** , debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla** y la **confirmamos** , con imposición de costas a la recurrente.

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

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