



Roj: **SAN 211/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:211**

Id Cendoj: **28079230062016100030**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/01/2016**

Nº de Recurso: **713/2012**

Nº de Resolución: **49/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000713 / 2012

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 08117/2012

Demandante: COMPAÑÍA TRANSMEDITERRÁNEA, S.A, Y EUROPA FERRYS, S.A.

Procurador: D. JORGE LAGUNA ALONSO

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinticinco de enero de dos mil dieciséis.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 713/12 promovido por el Procurador D. Jorge Laguna Alonso actuando en nombre y representación de **COMPAÑÍA TRANSMEDITERRÁNEA, S.A, y EUROPA FERRYS, S.A.**, contra la resolución de 7 de noviembre de 2012, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, por la cual se les impuso una sanción de 25.516.377 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave consistente en la existencia de un acuerdo entre empresas prohibido por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ; habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que:

"1º) Anule íntegramente la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia del día 7 de noviembre de 2012 (expediente número s/0331/11, NAVIERAS MARRUECOS), por la que, entre otros pronunciamientos, se impone a mis mandantes una multa de 25.516.377 euros.

2º) Subsidiariamente, para el caso que esta Sala considere que procede sancionar a mi representada, anule parcialmente la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia del día 7 de noviembre de 2012 (expediente número s/0331/11, NAVIERAS MARRUECOS), reduciendo el importe de la multa impuesta en los términos expuestos en los fundamentos jurídicos de esta demanda".

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 10 de febrero de 2015.

CUARTO .- Mediante Providencia de 9 de febrero de 2015, y a instancia de la recurrente, se suspendió el señalamiento acordado a fin de que el Tribunal Supremo se pronunciara sobre el recurso de casación 1292/2012, dada la incidencia que dicho pronunciamiento pudiera tener en el presente recurso.

QUINTO .- Por escrito de 30 de junio de 2015 la representación procesal de la parte actora hizo alegaciones en relación a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el referido recurso y en los recursos de casación números 874/2014 y 1994/2014, que anularon sendas sentencias de esta Sección. Escrito del que se dio oportuno traslado, junto con los documentos que acompañaba, al Abogado del Estado y a las demás partes personadas mediante Providencia de 6 de julio de 2015 sin que hicieran alegación alguna al respecto.

SEXTO .- Habiendo quedado nuevamente el proceso pendiente para votación y fallo, se señaló para ello la audiencia del día 25 de noviembre de 2015, prolongándose la deliberación los días 2 y 16 de diciembre siguientes.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- A través de este proceso impugnan las entidades recurrentes la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia del día 7 de noviembre de 2012 recaída en el expediente número S/0331/11, "NAVIERAS MARRUECOS", cuya parte dispositiva era del tenor literal siguiente:

"Primero.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de un acuerdo entre empresas prohibido por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia y tipificada por su artículo 62.4 a) como infracción muy grave, de la que son responsables Compan~ia Trasmediterranea, SA, Europa Ferrys, SA, ...

(...).

Tercero.- Imponer las siguientes sanciones por las conductas declaradas contrarias a la ley 15/2007y al artículo 101 TFUE: (...) Veinticinco millones quinientos dieciseis mil trescientos setenta y siete euros (25.516.377 €) a COMPAN~IA TRASMEDITERRANEA, SA y EUROPA FERRYS, SA.

(...).

Quinto.- Instar a la Direccion de Investigacion de la Comision Nacional de Defensa para que vigile el cumplimiento de esta Resolucion (...)"

Los antecedentes procedimentales que resultan de trascendencia en este concreto procedimiento pueden resumirse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, del modo que sigue:

A) *Antecedentes previos a la incoación del expediente S/0331/11 NAVIERAS MARRUECOS .*

1) Dentro de la información reservada tramitada bajo la referencia S/0244/10, el 11 de mayo de 2010 la Dirección de Investigación llevó a cabo inspecciones simultáneas en varias sedes de Balearia Eurolíneas Marítimas SA (Denia, Valencia, Barcelona y Palma de Mallorca) y en las sedes de Compañía Trasmediterránea SA y Trasmediterránea Cargo SA, en Palma de Mallorca y Madrid (prorrogándose la inspección de esta última hasta el 12 de mayo). El objeto de la inspección era verificar la existencia, en su caso, de prácticas anticompetitivas entre las entidades inspeccionadas, consistentes en acuerdos para el reparto de mercado,



la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, la imposición de precios, la imposición de condiciones comerciales no equitativas, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre del mercado de transporte marítimo regular de pasaje, vehículos en régimen de equipaje y carga.

2) Con fechas 30 de junio y 1 de julio de 2010 la Dirección de Investigación acordó incorporar al expediente S/0241/10 determinados documentos recabados en la inspección de las sedes de Compañía Trasmediterránea, SA y Trasmediterránea Cargo, SA y en las sedes de Balearia Eurolíneas Marítimas, SA llevada a cabo en el marco de la información reservada tramitada bajo la referencia S/0244/10, por considerarlos necesarios para el esclarecimiento de los hechos investigados en el citado expediente.

3) El 10 de noviembre de 2010, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.2 de la LDC, la Dirección de Investigación dispuso el inicio de una información reservada (de referencia DP/0058/10) y desglosar y, en su caso, deducir testimonio de determinados documentos a los que tuvo acceso en el marco del expediente S/0241/10 y de los que se podría seguir la existencia de posibles prácticas anticompetitivas por parte de las empresas de transporte marítimo que operan entre la Península y Marruecos con el fin de determinar, con carácter preliminar, si los hechos en ellos contenidos justificasen la incoación de expediente sancionador (folios 3-129). En el marco de dicha información reservada se requirió a Balearia Eurolíneas Marítimas, SA, a Compañía Trasmediterránea SA, a FRS, a Transbull Cádiz S.L. (Transbull), a Comarit España, SL y a Shipping and Transport Andalucía, SA (STA) información sobre su estructura empresarial, líneas de pasajeros y vehículos en régimen de equipaje que opera cada una, y las navieras relacionadas accionarialmente con ellas, entre la Península y Marruecos, aportando las entidades requeridas la documentación que obra a los folios 329 y siguientes del expediente administrativo.

B) Incoación de expediente S/0311/11 NAVIERAS MARRUECOS y hechos relevantes que integran el mismo .

1) Con fecha 15 de marzo de 2011 la Dirección de Investigación acordó la incoación de expediente sancionador contra Compañía Trasmediterránea, SA, Europa Ferrys, SA, Cenargo España, SLU, Ferrimaroc, SA, Balearia Eurolíneas Marítimas, SA, Euromaroc 2000, SL, FRS Iberia, SL, FRS Maroc, SARL, IMTC, COMARIT, LME, Comanav Ferry, SA, CMA-CGM, SA y COMANAV, SA, por considerar que existían indicios racionales de la comisión por parte de estas empresas de una infracción del artículo 1 LDC consistente en una conducta colusoria de reparto de mercado, fijación de precios y de condiciones comerciales, en el servicio de transporte marítimo de pasajeros y vehículos en régimen de pasaje entre la Península y Marruecos (folios 380-381). El acuerdo de incoación fue notificado a las entidades interesadas el 16 de marzo de 2011 (folios 382-429).

2) Mediante acuerdo de 6 de abril de 2011, y de conformidad con el artículo 30 Reglamento de Defensa de la Competencia, la Dirección de Investigación dispuso se incorporasen a este expediente S/0331/11 determinados documentos recabados en formato electrónico durante la inspección de las sedes de Balearia Eurolíneas Marítimas SA y de Compañía Trasmediterránea SA y Trasmediterránea Cargo SA, y que fue llevada a cabo en el marco de la información reservada tramitada bajo la referencia S/0244/10, por considerarlos necesarios para el esclarecimiento de los hechos investigados en el expediente de referencia (folios 870-912 y 913-1029). Asimismo, acordó la confidencialidad de dicha documentación y lo notificó a las empresas afectadas (folios 1042-1048 y 1049-1060).

3) Con fecha 25 de mayo de 2011 la Dirección de Investigación realizó inspecciones en las sedes en Algeciras de las empresas Compañía Trasmediterránea, SA y de su filial Europa Ferrys, SA, de STA, filial de IMTC y de Comarit España SL y LME SA, filiales de COMARIT, de las que se levantaron las correspondientes actas (folios 1133-1149, 1102-1109 y 1083-1091). Y por acuerdo de 11 de julio de 2011 dispuso la incorporación al expediente de determinados documentos, en formato papel, recabados en las inspecciones realizadas el 25 de mayo de 2011. Documentación que igualmente fue declarada confidencial.

4) El 14 de julio de 2011 la Dirección dedujo testimonio de determinados documentos relacionados con la inspección realizada el 25 de mayo de 2011 en la sede de Algeciras de Compañía Trasmediterránea, SA y Europa Ferrys, SA para ser analizados en el marco de las actuaciones SNC/0014/11, por si los mismos pudieran ser constitutivos de una infracción de la LDC. En particular, se dedujo testimonio de la Orden de Investigación de la Directora de Investigación de la CNC, de fecha 18 de mayo de 2011, autorizando el desarrollo de la inspección, el Auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Algeciras, autorizando a la CNC para entrar en la sede, y el Acta de la inspección junto con diversos documentos incorporados como anexo a la misma y recibí del Auto y de la Orden de Investigación (folio 1567).

5) Por acuerdo de 2 de noviembre de 2011 la Dirección de Investigación resolvió solicitar a Compañía Trasmediterránea, SA, Europa Ferrys, SA, Cenargo España, SLU, Ferrimaroc, SA, FRS Maroc, SARL, IMTC, COMARIT, LME SA, Comanav Ferry, SA y COMANAV, SA información sobre los buques utilizados para el transporte marítimo entre la Península y Marruecos, solicitud que les fue notificada en la misma fecha (folios 1772, 1773-1779, 1787-1790). Asimismo, con fecha 8 de noviembre de 2011, el órgano de investigación acordó



la incorporación al expediente de documentación en formato electrónico recabada en las inspecciones de Compañía Trasmediterránea, SA y de su filial Europa Ferrys, SA, de STA, y de Comarit España, SL y LME, SA que fue notificada a las empresas en la misma fecha (folios 1818-1819 y 1876-1877). Solicitada determinada información a la Subdirección General de Normativa Marítima y Cooperación Internacional del Ministerio de Fomento sobre la normativa aplicable al transporte marítimo entre España y Marruecos, las particularidades en relación a horarios y rotaciones habituales y suplementarias y los cambios en las obligaciones exigidas a las navieras en los últimos cinco años (folio 1912), el 17 de noviembre de 2011 tuvo entrada en la CNC escrito de respuesta (folio 1969-1971).

6) Con fecha 30 de noviembre de 2011 se acordó la ampliación de la incoación del expediente contra Compañía Trasmediterránea, SA, Europa Ferrys, SA, Cenargo España, SLU, Ferrimaroc, SA, IMTC, COMARIT, LME, SA, Comanav Ferry, SA, CMA-CGM, SA y COMANAV, SA, por considerar que existían indicios racionales de la comisión por parte de estas empresas de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) consistente en una conducta colusoria de reparto de mercado y de fijación de condiciones comerciales y de servicio, en el sector del transporte marítimo de carga entre la Península y Marruecos (folios 2027-2029).

7) El 22 de diciembre de 2011 se notificó a las partes interesadas el Pliego de Concreción de Hechos, frente al cual realizaron las alegaciones que obran en el expediente administrativo a los folios 2288 y siguientes.

9) Si bien el 7 de febrero de 2012 se cerró la fase de instrucción (folio 2717), el 23 de febrero de 2012 la Dirección de Investigación, a la vista de las alegaciones presentadas por las partes, estimó necesario reabrir el expediente a los efectos de realizar un requerimiento de información a la Dirección General de Marina Mercante sobre los períodos en los que se habían impuesto obligaciones de intercambio de billetes de transporte, planificación de horarios de entrada y salida y mecanismos de coordinación y compensación durante la Operación Paso del Estrecho de los años 2002 a 2010 en las líneas Ceuta-Algeciras- Ceuta, Algeciras-Tánger-Algeciras, Tarifa-Tánger-Tarifa y Almería-Nador-Almería. Petición que obtuvo respuestas el 28 de febrero de 2012 (folios 2746-2793).

10) Cerrada nuevamente la fase de instrucción, con fecha 2 de marzo de 2012 la Dirección de Investigación formuló propuesta de resolución, notificada a las partes en la misma fecha. Presentadas las alegaciones que igualmente constan en el expediente (folios 3121 y siguientes), el 2 de abril de 2012 la Dirección elevó al Consejo el correspondiente Informe Propuesta. Además, y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n°1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia, con fecha 21 de junio de 2012 fue remitida a la Comisión Europea la propuesta de resolución, acordándose la suspensión del plazo de resolución que dispone el artículo 37.2.c) de la LDC, cuyo cómputo se reanudó con fecha 23 de julio de 2012.

11) Tras haber sido nuevamente suspendido el plazo para resolver por causa de la solicitud de nueva información e intervención de las partes en los términos que resultan del expediente, se dictó finalmente con fecha 7 de noviembre de 2012 la resolución que ahora se recurre.

Sobre la base de tales antecedentes, la resolución recurrida incluye un relato de hechos acreditados que parte de la caracterización de las partes afectadas y que, en cuanto ahora interesa, destaca respecto de la COMPAÑÍA TRANSMEDITERRÁNEA S.A. y EUROPA FERRYS S.A. lo siguiente: *"Trasmediterránea inició sus actividades en 1917 haciéndose titular de las comunicaciones marítimas regulares entre la Península y Canarias, Baleares, Norte de África y Guinea Ecuatorial. En 1978 pasó a ser una sociedad estatal al adquirir el Estado una participación mayoritaria y en 2002 la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), la privatizó adjudicándola a un consorcio liderado por el Grupo Acciona, del que forma parte desde entonces. En la actualidad, la compañía se encuentra integrada en el Área Acciona Trasmediterránea. La compañía se dedica fundamentalmente al transporte marítimo de pasajeros, vehículos y carga. De acuerdo con su página web, opera en España, uniendo la Península con Baleares, Canarias (incluyendo rutas interinsulares en ambos archipiélagos) y Ceuta y Melilla. En cuanto al tráfico internacional, además de una línea con Francia (Vigo-Saint Nazaire) y rutas con Italia (uniendo Barcelona con Civitavecchia y Livorno) en la zona del Estrecho presta servicios con Argelia (uniendo Almería con los puertos de Ghazaouet y Orán) y Marruecos con las líneas Almería-Nador, Algeciras-Tanger-Med y Barcelona-Tanger-Med. Además de operar en líneas regulares con condiciones establecidas libremente por la compañía, Trasmediterránea explota diversas líneas calificadas como de interés público entre los puertos peninsulares y los puertos de Baleares, Canarias, Ceuta y Melilla, en virtud de ciertos contratos suscritos con el Estado, cuyas condiciones de explotación vienen determinadas reglamentariamente.*

Entre las empresas participadas por Trasmediterránea se encuentran:

- Europa Ferrys, SA, constituida a finales de 1996 por un grupo de accionistas de la zona del Estrecho de Gibraltar provenientes del sector de las agencias de viajes, al objeto de explotar buques en el tráfico marítimo para el



transporte de pasajeros y sus equipajes, autos y camiones de carga, así como para el transporte de mercancías por vía marítima. Fue adquirida por Trasmediterránea en 2006 y opera conjuntamente con Trasmediterránea las líneas regulares Algeciras-Ceuta y Algeciras-Tánger. En concreto, entre la Península y Marruecos opera las rutas Algeciras-Tánger, Algeciras-Tánger-Med, desde 2010, y Almería- Nador desde 2006 (folios 199 y 354). - Cenargo España, SLU, tiene como socio único a Agencia Schembri, SAU, sociedad controlada al 100% por Compañía Trasmediterránea, SA y opera la línea Almería-Nador (folios 349 y 354). - Ferrimaroc, SA está participada mayoritariamente por Cenargo España, SLU. La actividad de Ferrimaroc se centra en el transporte marítimo de pasajeros, vehículos en régimen de equipaje y carga a través de líneas regulares entre la Península Ibérica y el norte de África (Barcelona-Tánger y Almería-Nador) (folios 199-200 y 353)".

Y señala expresamente que *"En los hechos probados, las referencias a Trasmediterránea incluyen a todas las empresas del grupo "*.

En cuanto a los hechos que se atribuyen a las empresas sancionadas, aparecen en la resolución sancionadora sistematizados cronológicamente en cuatro períodos, y así:

- "Período 1998-2007: Acuerdos de las navieras con ferris (Trasmediterránea, Limadet, Comanav, Euroferrys, Comarit, Líneas Marítimas Europeas e IMTC)".
- "Año 2008: Incorporación de las navieras con embarcaciones de alta velocidad o fast ferris a los acuerdos".
- "2009: Acuerdo tarifas, comisiones y horarios. Discrepancias entre ferris y fast ferris".
- "2010: intento de reparto de mercado y acuerdos de precios de marzo y de septiembre de 2010".

En cada uno de dichos períodos la resolución describe las conductas relevantes de las empresas investigadas y apoya el relato de hechos con una explícita remisión a los folios del expediente administrativo de los que se siguen los mismos, lo que ha de tener, como veremos, una indudable trascendencia a los efectos de determinar cual ha sido la incidencia que, en la configuración de los hechos probados, cabe atribuir a las diferentes inspecciones cuyo resultado fue tomado en consideración en el expediente sancionador.

Además, y en cuanto a la determinación de la responsabilidad de las mercantiles aquí recurrentes, declara lo siguiente: *"Compañía Trasmediterránea, SA, Europa Ferrys, SA, Cenargo España, SLU y Ferrimaroc, SA. Ha quedado acreditado que Europa Ferrys, S.A., Compañía Trasmediterránea, SA adoptaron los acuerdos anticompetitivos y acudieron a las reuniones en las que se decidieron desde enero de 2002 hasta julio de 2006, actuando durante este periodo como entidades independientes. A partir de julio de 2006, año en que Europa Ferrys SA fue adquirida por Trasmediterránea, y hasta diciembre de 2010, ambas compañías participaron en los contactos entre competidores en representación de y vinculando a Europa Ferrys, SA y a Compañía Trasmediterránea, SA, tal y como pone de manifiesto en la diversa documentación obrante en el expediente, en la que aparecen los nombres de ambas empresas. Las condiciones acordadas eran trasladadas a Cenargo España, SLU y a Ferrimaroc, SA, que se limitaban a ejecutarlas. Teniendo en cuenta lo anterior y lo dispuesto en el artículo 61 LDC, se considera que la conducta anticompetitiva descrita en el Fundamento de Derecho TERCERO de esta Resolución es imputable solidariamente a Europa Ferrys, SA y a su matriz, Compañía Trasmediterránea, SA, desde enero de 2002 hasta diciembre de 2010 en tanto que ambas operaban en las líneas Algeciras-Tánger/ Ville, Algeciras-Tánger/ Med y Almería -Nador" .*

SEGUNDO .- De entre los diferentes motivos impugnatorios que esgrime la sociedad actora ha de ser objeto de análisis preferente el que se refiere a la incidencia que, sobre la validez del acuerdo sancionador, ha de tener el hecho de que se hubieran tomado en consideración para adoptarlo los datos obtenidos en inspecciones llevadas a cabo por la Dirección de Investigación que han sido después anuladas por el Tribunal Supremo.

En el curso de este proceso se han sucedido hasta tres pronunciamientos cuya relevancia sobre la cuestión discutida es indudable, lo que aconseja hacer una breve referencia a los antecedentes de cada uno de ellos para proceder después a determinar su alcance y, en particular, y como postula la recurrente, a constatar si arrastran necesariamente la ineficacia del acuerdo de sanción que aquí se recurre.

Ha de advertirse, en primer lugar, que, formalizada la demanda por escrito de 2 de abril de 2014, la misma no contiene lógicamente referencia concreta a las citadas sentencias del Tribunal Supremo que son de fecha 27 de febrero y 1 de junio de 2015 , y por tanto posteriores.

No obstante, en su escrito de conclusiones -página 9-, la propia actora advertía ya lo siguiente: *"En cualquier caso, interesa dejar indicado a los efectos oportunos que en relación con el pretendido material probatorio en el que se basa la resolución impugnada, pende en este momento un recurso de casación (nº 1292/2012) en el que se cuestiona, en último término, la orden de investigación que sirvió de sustento para la inspección desarrollada en los días 11 y 12 de mayo de 2010 en la sede de Madrid (Alcobendas) y Palma de Mallorca de mi representada.*



Se deja hecha esta indicación ya que el resultado de ese recurso de casación podría condicionar la resolución del presente recurso".

Habiendo quedado los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, mediante providencia de 3 de febrero de 2015 se fijó para ello la audiencia del día 10 de febrero siguiente.

Frente a este acuerdo presentó la representación procesal de COMPAÑÍA TRANSMEDITERRÁNEA S.A. un escrito en el que solicitaba la suspensión de dicho señalamiento en tanto no se resolviera el recurso de casación antes referido, a lo que la Sala accedió por providencia de 9 de febrero de 2015. Asimismo, y mediante diligencia de ordenación de 5 de marzo siguiente se ponía de manifiesto que las actuaciones se encontraban pendientes de señalamiento para votación y fallo *"estando a la espera de la deliberación señalada para el próximo día 24 de marzo de 2015 por el Tribunal Supremo"*.

Finalmente, con fecha de 30 de junio de 2015 la mercantil demandante presentó un nuevo escrito con el que aportaba las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 27 de febrero de 2015, recaída en el recuso de casación número 1292/2012 ; de 1 de junio de 2015, recaída en el recurso de casación número 874/2014 ; y también de 1 de junio de 2015, dictada en el recurso de casación número 1994/2014 .

Razonaba la actora, en síntesis, que la anulación de las actuaciones inspectoras que resultaba de la primera de las sentencias citadas, y las decisiones adoptadas en las dos siguientes sobre el alcance que había de atribuirse a dicha anulación en relación a las sanciones que se recurrían en los respectivos procesos, obligaban a la estimación del presente recurso *"por insuficiencia probatoria de la Resolución impugnada"*.

Este planteamiento exige un análisis de cada una de las sentencias invocadas para poder determinar su eventual incidencia en el asunto que ahora se trata con expresa referencia a los acuerdos que estudian, a la doctrina en su caso fijada por el Tribunal Supremo y a la trascendencia que, pronunciamientos concretos y doctrina, han de tener aquí. Como anticipábamos, tales sentencias son:

1.- *Sentencia de 27 de febrero de 2015, dictada en el recurso de casación 1292/2012 .*

En ella, con estimación del recurso de casación interpuesto, se revoca la sentencia de esta Sección de 7 de febrero de 2012, dictada en el recurso número 431/2010 . Y se estima dicho recurso con la consecuencia de anular *"... el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de julio de 2010 (expediente 0046/10), que inadmitió el recurso interpuesto contra las Órdenes de Investigación de la Dirección de Investigación de 3 y 12 de mayo de 2001, anulando asimismo las referidas Órdenes de Investigación y la actuación inspectora desarrollada durante los días 3 y 12 de mayo de 2010 en las sedes de Transmediterránea ubicadas en Alcobendas (Madrid) y Palma de Mallorca"*.

En este caso, TRANSMEDITERRÁNEA había recurrido contra las referidas Órdenes de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia -adoptadas en el seno del expediente S/0244/10- y la subsiguiente actuación inspectora, que fueron confirmadas en su legalidad por la Audiencia Nacional en la sentencia después casada.

El Tribunal Supremo argumenta de este modo: *"La Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional objeto de impugnación, reproduce sus propios precedentes jurisprudenciales, la doctrina constitucional sobre el artículo 18.2 CE y los preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia que regulan las facultades de la inspección, para concluir que las Ordenes de Investigación impugnadas no vulneran el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, basando esta conclusión en el consentimiento expreso de las empresas recurrentes.*

Al abordar la alegación a la falta de definición del objeto y finalidad de la inspección, se remite la Sentencia a en el séptimo de los fundamentos jurídicos a la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, cuyos términos reproduce, entendiendo suficiente la información incluida en las Ordenes, sin necesidad de mayores concreciones, máxime, "cuando las ordenes de investigación determinan la fecha y las inspecciones duraron un solo día en Palma de Mallorca y dos días en el caso de Madrid ".

Pues bien, dejando al margen el debate sobre la efectiva vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 18 de la CE , es lo cierto que las razones que expresa la Sala de la Audiencia Nacional relativas a las exigencias que han de observar las Ordenes de investigación no resultan válidas ni suficientes al no ajustarse a los parámetros incluidos en la normativa vigente, que antes hemos transcrito, ni a las pautas y directrices jurisprudenciales que antes hemos expuesto. El apartado tercero del artículo 13 del Reglamento de Defensa de la Competencia refiere respecto al personal que lleva a cabo la inspección que debe presentar una autorización escrita del Director de Investigación" ...que indique el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma". Y, como



hemos señalado en la Sentencia de 10 de diciembre de 2014 , la exigencia de tales especificaciones guarda correspondencia con lo establecido en el artículo 20.4 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002. Y recordábamos entonces la Sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) de 25 de noviembre de 2014 (LA LEY 158040/2014) (asunto T-402/13) destaca, citando jurisprudencia del Tribunal Justicia, que la exigencia de indicar el objeto y la finalidad de una inspección constituye ante todo una "garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas"..."

Reproduce a continuación el Tribunal Supremo diversos pasajes de la sentencia del Tribunal General para añadir lo siguiente:

"Y concluimos en la indicada Sentencia de 10 de diciembre de 2014 (LA LEY 176905/2014) que "no resulta exigible que la Orden de Investigación contuviese una información pormenorizada sobre los hechos y datos que eran objeto de investigación; pero sí debía contener especificaciones que indicasen de manera suficiente el objetivo y finalidad de la investigación. " (...) De lo anteriormente expuesto, se desprende que los criterios y parámetros manejados en la Sentencia de la Audiencia Nacional en el enjuiciamiento de las Ordenes de Investigación no se ajustan a la normativa y la jurisprudencia aplicables en cuanto confirma la legalidad de las Ordenes afirmando que contenían suficiente información " sin necesidad de mayores concreciones, tanto en el ámbito objetivo como temporal " a lo que añade, máxime cuando las ordenes "determinan la fecha y las inspecciones duran sólo un día en Palma de Mallorca y dos días en el, caso de Madrid", que las Ordenes no contienen las mínimas especificaciones exigibles, en relación al objetivo y finalidad de la investigación en las sedes de las compañías recurrentes. La Sala considera bastante, pues, la genérica referencia a una posible infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, y la amplia delimitación del objeto, que se refiere al "transporte marítimo regular de pasaje vehículos en régimen de pasaje y carga". Expresiones, éstas, que no concretan ni permitieron conocer a las sociedades afectadas que era lo que se estaba investigando ni los elementos sobre los que se iba a realizar la investigación, y por esta indefinición de las Ordenes impide que puedan cumplir el cometido de constituir una verdadera garantía del derecho de defensa de las empresas afectadas.

(...) Las consideraciones llevan a concluir que la sentencia recurrida debe ser casada por la estimación del motivo de casación segundo, y procede, pues, entrar a resolver el debate en los términos planteados en el proceso de instancia ex artículo 95.2.) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción .

Y ello nos lleva al examen de las Ordenes de investigación impugnadas y a determinar si se especificaba en las mismas con la necesaria concreción el objeto y la finalidad de la investigación, al menos -en términos de la Sentencia de 10 de diciembre de 2014 (LA LEY 176905/2014) -"en sus rasgos básicos".

Pues bien, las dos Ordenes de investigación se redactan de forma idéntica para la sede de Alcobendas y para la de Palma de Mallorca y se delimita el objeto de la misma en los siguientes términos: "verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de las entidades inspeccionadas que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y por los artículos 101 (LA LEY 6/1957) y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (LA LEY 6/1957) " y continúan indicando "consistentes, en general, en acuerdos para el reparto del mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales no equitativas y, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre del mercado" y en cuanto este último se define como "el mercado de transporte marítimo regular de pasaje de vehículos en régimen de pasaje y carga".

Las Ordenes de investigación que examinamos resultan sumamente genéricas e incurren en un claro déficit en cuanto a la información mínima indispensable sobre el objeto y alcance de la investigación, pues respecto a las conductas inspeccionadas se refiere a aquellas contrarias a los artículos 1 y 2 de la LDC y los artículos 101 (LA LEY 6/1957) y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (LA LEY 6/1957) , consistentes, en general en acuerdos para el reparto de mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, la imposición de precios, la imposición de condiciones comerciales no equitativas, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre del mercado de transporte marítimo regular de pasaje, vehículos en régimen de pasaje y carga.

Tampoco se hace en las Ordenes impugnadas una mención al singular ámbito de la actuación de la investigación, pues se refieren de manera genérica y excesivamente amplia al mercado de "transporte marítimo regular de pasaje vehículos en régimen de pasaje y carga", sin especificar el tipo o modalidad del mismo, ni se define ni precisa el ámbito territorial al que se refiere la investigación.

Es cierto que las Ordenes de investigación se dictaron en virtud de una información "reservada" según, se indica en las mismas, que señalan que la actuación se inicia por razón de una "una denuncia" pero sin detallar a que aspecto de la actividad mercantil de las recurrentes se refería.



Pero esta materia "reservada" no permite obviar el cumplimiento de las exigencias mínimas que derivan de los preceptos y de la jurisprudencia a la que hemos hecho mención, de los que deriva que la Orden debe contener las especificaciones básicas que indiquen el objeto y la finalidad de la inspección, lo que aquí no sucede.

En fin, los datos y elementos contenidos en las Ordenes de investigación impugnadas no delimitan, como se exige en el artículo 40 de la Ley de Defensa de la Competencia y en el artículo 13 del Reglamento mencionado, las conductas objeto de la investigación, ni tampoco acotan de forma adecuada su objeto: el transporte marítimo al que se refiere, la modalidad, el régimen y, en fin, el ámbito territorial de la actividad en la que operan las compañías recurrentes, siendo así que esta información podía fácilmente ceñirse en la medida que la denuncia inicial que dió lugar a la actuación de la Comisión Nacional de la Competencia se construyó exclusivamente al ámbito balear.

Procede, por lo razonado, estimar el recurso contencioso deducido y anular las dos Ordenes de Investigación de 3 y 12 de mayo de 2010 sobre las sedes sociales de Trasmediterránea SA y Trasmediterránea Cargo SA en Alcobendas y Palma de Mallorca, por haberse dictado con vulneración del artículo 40 de la Ley de Defensa de la Competencia y 13 del Reglamento de Defensa de la Competencia, puestos en relación con el artículo 20.4 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002; debiendo anularse asimismo el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de julio de 2010 (expediente 0046/10) que inadmitió el recurso interpuesto contra las Ordenes de Investigación de la Dirección de Investigación, en la medida que tal recurso era admisible.

Estimado el recurso por la razón expuesta, resulta ya innecesario el examen del motivo de casación primero, pues una vez anulada la Orden de Investigación quedan privadas de validez las actuaciones inspectoras que a su amparo se llevaron a cabo en la sede de Trasmediterránea SA y Trasmediterránea Cargo S.A. los días 3 y 12 de mayo de 2010, sin que proceda entonces que entremos a dilucidar si en el desarrollo de tales actuaciones se incurrió, en la vulneración constitucional que se invoca en el primer motivo de casación".

La sentencia, en definitiva, no solo anula las Órdenes de Investigación impugnadas, sino también la actuaciones inspectoras realizadas bajo su cobertura, lo que ha de tener una evidente relevancia en nuestro caso. Y ello especialmente a la vista de lo que las dos sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2015, que examinamos a continuación, determinaron en cuanto al alcance de esa nulidad respecto de la sanción recaía en otros expedientes en los que se tuvieron en cuenta los datos recabados precisamente a raíz de las actuaciones inspectoras contaminadas por la nulidad de las Órdenes de Investigación de que traían causa.

2.- *Sentencia de 1 de junio de 2015, dictada en el recurso de casación 874/2014.*

La sentencia casa y anula la dictada por esta Sección Sexta de la Audiencia Nacional con fecha 23 de diciembre de 2013 en el recurso contencioso-administrativo número 188/2012, sobre expediente sancionador de la Comisión Nacional de la Competencia identificado con el número S/0244/10. Y, con estimación de dicho recurso, anula la resolución administrativa originariamente impugnada, de fecha 23 de febrero de 2012, por la cual se impuso a la misma compañía ahora recurrente una sanción de 36.110.800 euros.

El Tribunal Supremo parte en este caso de lo resuelto en la sentencia de 27 de febrero anterior y, por tanto, de la nulidad de las Órdenes de Investigación y actuaciones inspectoras allí analizadas. Estas Órdenes se dictaron, además, en el mismo expediente sancionador donde recayó la resolución recurrida, el S/0244/10.

Dice el Tribunal supremo, en cuanto aquí interesa, que *"Como es evidente, la anulación por la referida Sentencia de esta Sala de 27 de febrero de 2015 de las inspecciones desarrolladas en las sedes de la mercantil recurrente en Alcobendas (Madrid) y Palma de Mallorca tienen una incidencia directa en el presente recurso. En efecto, la valoración probatoria efectuada en la instancia por la Sentencia recurrida, que se basa en la efectuada por la Comisión Nacional de la Competencia, ha de ser necesariamente corregida, puesto que el órgano regulador se apoyó en datos obtenidos ilícitamente, con infracción de derechos fundamentales -en concreto, del derecho a la inviolabilidad domiciliar- que no han de ser tenidos en cuenta para desvirtuar la presunción de inocencia. En consecuencia, hemos de examinar en primer lugar el segundo motivo del recurso de casación de la mercantil recurrente, pues si la referida invalidez de parte del acervo probatorio afecta a la valoración resultante, no resultará ya preciso el examen de los restantes motivos.*

Sostiene la compañía recurrente que también resultan afectadas por la invalidez de los registros realizados en sus sedes las otras fuentes en que se apoyan la resolución sancionadora y la Sentencia impugnada, los datos obtenidos en la inspección desarrollada en las sedes de Balearia y la declaración de clemencia de esta última sociedad. En lo que respecta a las inspecciones en las sedes de Balearia, la recurrente entiende que al haber sido practicadas merced a órdenes de investigación extendidas en los mismos términos que las que han sido anuladas, han de ser consideradas igualmente inválidas. Pero no es posible admitir semejante consecuencia de forma mecánica. Lo cierto es que mientras que las actuaciones inspectoras llevadas a cabo en las sedes de Trasmediterránea han sido anuladas judicialmente con carácter firme, no sucede lo mismo con las realizadas



en Balearia que, en principio, siguen teniendo validez. En consecuencia, tampoco puede llegarse a la conclusión alcanzada por la recurrente de que también la declaración de clemencia de Balearia queda invalidada, pues no se hubiera producido de no haberse efectuado las inspecciones en las sedes de dicha empresa. Ahora bien, ciertamente lo anterior no impide que, a la hora de valorar la fuerza probatoria de las declaraciones efectuadas en la solicitud de clemencia haya de ponderarse que las mismas tienen un objetivo exculpatorio de la responsabilidad particular de la empresa solicitante de la clemencia y que para tener plena virtualidad inculpativa han de tener -como sostiene la recurrente- alguna corroboración documental o externa.

En cualquier caso, el motivo ha de ser estimado. En efecto, la Sentencia de instancia ha efectuado una valoración conjunta del material probatorio en la que resulta indiscernible el peso que la Sala juzgadora ha otorgado a los documentos provenientes de las distintas fuentes (inspecciones en sedes de Trasmediterránea y de Balearia, declaraciones y documentos aportados en la solicitud de clemencia de Balearia) así como el eventual sesgo que pudieran tener las declaraciones ofrecidas por Balearia en el curso de su solicitud de clemencia, y ello a pesar de que se indiquen el origen de los distintos documentos y datos. Así pues, la imposibilidad de separar el peso y relevancia respectiva otorgados por la Sala de instancia a los datos inextricablemente enlazados entre sí, y el hecho cierto que a los obtenidos en las inspecciones de las sedes de Trasmediterránea no es posible otorgarles valor alguno, hacen que se produzca la insuficiencia probatoria aducida por la recurrente.

Como resulta evidente, la estimación del motivo segundo de los formulados por la mercantil recurrente y casación y declaración de nulidad de la Sentencia impugnada hace ya innecesario el examen de los restantes motivos de su recurso. Asimismo queda ya sin objeto el recurso de casación articulado por el Abogado del Estado contra la referida Sentencia de instancia".

Y añade a continuación lo siguiente:

"(...) Tras la estimación del motivo segundo del recurso de la Compañía Trasmediterránea y la casación de la Sentencia impugnada, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 95.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, debemos ahora resolver el recurso contencioso-administrativo a quo y valorar la fuerza probatoria de los datos obrantes en autos y no invalidados a consecuencia de nuestra Sentencia de 27 de febrero de 2.015 a los efectos de acreditar la conducta infractora de Trasmediterránea, tal como ha sido apreciada por la resolución sancionadora. Pues bien, de nuevo aquí nos encontramos con idéntico problema que al examinar la Sentencia impugnada, y es que la valoración efectuada por la Comisión Nacional de la Competencia está igualmente basado en el conjunto documental proveniente de todas las fuentes ya mencionadas. Así, como puede comprobarse en el expediente y en las alegaciones de la parte, gran parte de los documentos inculpativos proceden de la inspección de las sedes de la recurrente o son comunes con ellas; en el primer caso no pueden ser empleados y en el segundo, estarían sujetos a la necesidad de su examen autónomo en el marco exclusivo de la declaración de clemencia, lo que no ha podido ser efectuado - como es obvio-, por la resolución impugnada, que se apoya en el conjunto de datos que consideraba válidos. En definitiva, así las cosas debe prevalecer la presunción de inocencia y hemos de declarar que en las circunstancias concurrentes y ante el examen conjunto del material probatorio, en parte relevante inválido, efectuado por la Comisión Nacional de la Competencia, no es posible considerar acreditada la conducta infractora imputada por la resolución sancionadora, por lo que procede estimar el recurso contencioso administrativo a quo y anular la referida resolución impugnada en el mismo".

Es decir, la ilícita forma de obtención de los datos que llevaron a la Comisión a sancionar a la sociedad recurrente conduce al Tribunal Supremo a suponer que los mismos no pueden ser tenidos en cuenta para desvirtuar la presunción de inocencia, estimando además que tanto la Comisión Nacional de la Competencia como la Sala sentenciadora llevaron a cabo una valoración conjunta de la prueba sin discriminar el peso que hubiera de atribuirse a la ilícitamente obtenida y a las restantes, lo que le hace concluir que no puede considerarse acreditada la conducta imputada por la resolución sancionadora.

3.- Sentencia de 1 de junio de 2015, recurso de casación número 1994/2014 .

Su pronunciamiento es el mismo que la anterior, si bien referido a la sentencia de 7 de abril de 2014, que igualmente casa, estimando a continuación el recurso contencioso-administrativo que esta Sección Sexta rechazó en la sentencia recurrida. Y anula la sanción entonces impuesta a COMPAÑÍA TRANSMEDITERRÁNEA S.A. por importe de 12.102.969 euros.

En este supuesto, el expediente sancionador no era el S/0244/10, en que se dictaron las Órdenes de Investigación anuladas, sino otro distinto, el S/0241/10, como ocurre también en el caso de autos.

No obstante, los razonamientos del Tribunal Supremo son del todo idénticos a los de la sentencia antes referenciada, por lo que no es necesario transcribirlos. Sí ha de destacarse que también en este caso considera que la Comisión Nacional de la Competencia y la sentencia de instancia suponen acreditada la conducta infractora sobre la base, en parte, de pruebas obtenidas ilícitamente, a tenor de lo decidido en la sentencia del



mismo Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2015, sin que disciernan, de entre todo el acervo probatorio, qué documentos inculpatorios están afectados de aquella ilicitud y cuales no, derivando todo ello en una insuficiencia probatoria que obliga a revocar la sanción.

TERCERO .- Las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo marcan desde luego el criterio con el que, en este caso, la Sala ha de abordar el alcance de la ilicitud de las Órdenes de Investigación de 3 y 12 de mayo de 2010, y de la actuación inspectora realizada a raíz de las mismas.

Para ello resulta imprescindible desbrozar, dentro del expediente administrativo, los hechos obtenidos o constatados por la Dirección de Investigación a partir de tales Órdenes o con base en las mismas para determinar si se discriminaron en su momento a la hora de delimitar los hechos probados y la responsabilidad de la sancionada.

Pues bien, la propia resolución sancionadora indica ya en su antecedente de hecho 10 lo siguiente: *"Con fecha 6 de abril de 2011, de conformidad con el artículo 30 RDC, la DI acuerdo incorporar al expediente S/0331/11 determinados documentos recabados en formato electrónico durante la inspección de las sedes de Balearia Eurolineas Maritimas SA y de Compañía Trasmediterranea SA y Trasmediterranea Cargo SA llevada a cabo en el marco de la información reservada tramitada bajo la referencia S/0244/10, por considerarlos necesarios para el esclarecimiento de los hechos investigados en el expediente de referencia (folios 870-912 y 913-1029)..."*.

Consta así que al expediente administrativo se incorporaron documentos obtenidos en las inspecciones propiciadas por las Órdenes de 3 y 12 de mayo de 2010. Y lo refleja además reiteradamente el relato de hechos probados que incluye la misma resolución sancionadora.

Veamos, sin propósito de ser exhaustivos, donde lo hace:

- El apartado 3.2 de los hechos probados lleva por rúbrica *"Año 2008: Incorporación de las navieras con embarcaciones de alta velocidad o fast ferris a los acuerdos"*, y en él se considera acreditado que *"A partir de 2008, Trasmediterranea, único operador que presta servicios con los dos tipos de embarcaciones (ferris convencionales y fast ferris) en la línea Algeciras- Tanger, comenzó a establecer acuerdos en dos ámbitos, por un lado, seguía pactando con las navieras marroquíes, Comarit, Comanav e IMTC las condiciones de pasaje y carga y por otro empieza a pactar con Balearia y con FRS las condiciones de pasaje que afectan a fast ferris. De este modo, habría condiciones pactadas entre las cuatro navieras con ferris, Comarit, Comanav, IMTC y Trasmediterranea, "G4" (o "G3" a partir de febrero de 2009 cuando Comarit compra Comanav Ferry a Comanav), otras entre las tres con fast ferry, Balearia, FRS y Trasmediterranea ("G3"), y otras entre todas las navieras, es decir el "G6" ("G5" a partir de febrero de 2009)"*.

Pues bien, al referirse a los *"Contactos entre Trasmediterranea y CMA-CGM/Comanav, en el contexto de la operación de concentración JV Balearia Sur Comanav"*, se dice literalmente lo siguiente: *"Los contactos fueron mantenidos entre directivos de Trasmediterranea y directivos de CMA-CGM, como muestran diversos correos electrónicos entre el Director Financiero de CMA-CGM y el Director General de Trasmediterranea sobre una reunión de abril de 2008 entre ambas empresas (folios 929-931 recabado en formato electrónico en la inspección de Trasmediterranea de 11-12 de mayo de 2010)"*.

- Dentro del mismo apartado 3.2, cuando alude a la participación de otra empresa, Balearia, en la fijación de tarifas de intercambio, y en concreto en relación con los acuerdos adoptados con la aquí sancionada, TRANSMEDITERRÁNEA, señala que *"Previamente, al objeto de establecer unas tarifas de intercambio para la OPE 2008, se dieron diversos contactos entre Balearia y Trasmediterranea, en los que pactaron fijar y aumentar las tarifas de intercambio como muestran: para fijar las tarifas de intercambio. Se dieron diversos contactos entre todas las empresas. Al entrar Balearia en el sistema de intercambio, se establecería un sistema con tarifas idénticas para ferry y fast ferry, quedando fuera del sistema FRS. Durante el año 2008, las empresas siguieron implementando el acuerdo. Existen múltiples evidencias del mantenimiento de dicho acuerdo durante todo el año, una propuesta de Balearia de tarifas de intercambio para la Semana Santa 2008 (folio 886, recabado en formato electrónico en la inspección de Balearia) en la que aparecen las tarifas de intercambio individuales tanto en euros como en dirhams, referencias a una reunión de 27 de mayo de 2008 para preparar la OPE en un correo interno de Trasmediterranea (folio 932 recabado en formato electrónico en la inspección de Trasmediterranea de 11-12 de mayo de 2010) y en una cita de agenda electrónica (folio 1019 recabado en formato electrónico en la inspección de Trasmediterranea de 11-12 de mayo de 2010), (...)"*.

- También en relación a los hechos constatados en el apartado 3.2, y respecto de la *"Entrada de FRS en el acuerdo, octubre 2008"*, se relata que *"A este acuerdo se habrían sumado las navieras con ferris, Comarit, IMTC y Comanav, como muestran unas notas manuscritas de Balearia, de 6 de noviembre de 2008 (folio 96 recabado en formato papel en la inspección de Balearia) y un correo interno de Trasmediterranea, de fecha 7 de enero de 2009 (folios 10-11, recabados en formato papel en la inspección de Trasmediterranea de 11-12 de mayo de 2010)"*.



2010) en el que, a la vista de una tabla adjunta en la que se comparan por un lado, las tarifas de fast ferry de Trasmediterranea con FRS y Nautas (Balearia) y por otro las de ferry de Trasmediterranea con Comarit, IMTC y Comanav, Trasmediterranea, constataria incumplimientos. El acuerdo abarcaria las tarifas de billetes para adulto, menor, coche, furgoneta y remolque (tabla folio 11): "los resultados son muy malos, arrastramos perdidas del Estrecho, Martes reunion en Tanger con todas las navieras" (folio 96). "he añ~adido a tu cuadro nuestros actuales precios. Por lo que veo, especialmente en Tanger, no se estan respetando los acuerdos alcanzados por las direcciones de las compan~ias. Hay una reunion pendiente para tratar asuntos de tarifas. Vamos a ver si se puede corregir esta situacion antes de tener que hacer nosotros algo parecido" (folio 10)".

- Dentro ya de los acuerdos producidos en el año 2009, a los que alude el apartado 3.3 de los hechos probados (Acuerdos de tarifas, comisiones y horarios), y respecto, en concreto, a los suscritos por la mercantil actora con Balearia y FRS, los hechos probados se reflejan de este modo: "Trasmediterranea y Balearia cumplieron el acuerdo, como muestran las cartas que Compan~ia Trasmediterranea (folio 1028, recabado en formato electronico en la inspeccion de Trasmediterranea de 11-12 de mayo de 2010) y Balearia (folios 598 y 1096 y 553, recabados en formato electronico en la inspeccion de Balearia y aportados por esta posteriormente), enviaron el 29 de enero de 2009 a las agencias de viajes comunicando el cambio en los cargos por emision, y Euroferrys comunicando el cambio del sistema retributivo a las agencias de viajes que entraria en vigor el 1 de marzo de 2009, ademas de los nuevos CPE (folios 1024-1027, recabados en formato electronico en la inspeccion de Trasmediterranea de 11-12 de mayo de 2010)...".

- También en relación al año 2009, pero específicamente en materia de acuerdos sobre tarifas especiales y comisiones y su seguimiento, se dice (apartado 3.3.4 de los hechos probados) que "Las navieras realizaron un seguimiento del cumplimiento de los acuerdos por parte de sus competidoras y mantuvieron contactos en los que constataban los incumplimientos y trataban de corregirlos. Como reflejan diversos correos y notas manuscritas de Balearia corroboradas por su declaracion, Balearia y Trasmediterranea mantuvieron multiples contactos bilaterales: reunion de 4 de febrero de 2009 (folios 61 y 555, recabado en formato papel en la inspeccion de Balearia y aportado por esta posteriormente, y 499, declaracion de Balearia), reunion de 4 de marzo de 2009 (folios 500, declaracion de Balearia, 183 y 559, aportados por Balearia, 62 y 563, recabado en formato papel en la inspeccion de Balearia y aportado por esta posteriormente, y 908, recabado en formato electronico en la inspeccion de Balearia), reunion de 20 de abril de 2009 (folios 502-503, declaracion de Balearia, 933-934 y 567-569, recabado en formato electronico en la inspeccion de Trasmediterranea de 11-12 de mayo de 2010 y posteriormente aportado por Balearia y 65-66 y 565-566, recabados en la inspeccion de Balearia y aportados por esta posteriormente)...".

- Sobre la misma existencia de acuerdos en el año 2009, y en concreto respecto del "Acuerdo de intercambio de ferris y fast ferris", incluido en el apartado 3.3.6 de los hechos probados ("Acuerdo de tarifas de intercambio 2009 y precios de venta al público modificado por las discrepancias de IMTC"), la resolución relata que "Evidencias de la participacion en este acuerdo se encuentran en unas notas manuscritas de Balearia, de 10 de junio de 2009, elaboradas por el Director General de Balearia sobre el intercambio, recabadas en formato papel en la inspeccion de Balearia (folio 72), una tabla con las tarifas de intercambio de 2009, recabada en formato papel en la inspeccion de Balearia (folio 84), comunicaciones entre Trasmediterranea e IMTC (a traves de STA) de 15 de junio de 2009 (folios 1849-1850 y 1851-1852), un correo enviado por Trasmediterranea a directivos de Limadet, Comanav (Comarit), IMTC, Balearia y FRS de 17 de junio de 2009, recabado en formato papel en la inspeccion de Trasmediterranea de 11-12 de mayo de 2010 (folios 5-6), un fax de Trasmediterranea a Balearia de 18 de junio de 2009, con los precios de intercambio 2009 recabado en formato electronico en la inspeccion de Balearia (folio 910), y otro correo interno de Trasmediterranea de 24 de junio de 2009, con asunto "tarifas intercambio 2009 Ceuta y Tanger," recabado en formato electronico en la inspeccion de Trasmediterranea de 11-12 de mayo de 2010 (folios 935- 936)".

Se transcribe a continuación el contenido literal del correo al que se accedió en la inspección de 2010:

"Temas Estrecho

Tarifas Intercambio

Eliminar ofertas AC y AT

Eliminar CJ/JUB (15/06-15/09)

Billete con 2D (...)

Intercambio:

Mantener tarifas intercambio CEU y TAN (...)

Aumentar tarifa 2008 + 3,5%, (folio 72)



"Estimados colaboradores:

Segun las reuniones que hemos mantenido entre las diversas compan~ias para determinar los precios de intercambio en la linea de Algeciras/Tanger/Algeciras con motivo de la Resolucion de 1 de junio de 2009 del Secretario General de Transportes, el acuerdo es el de mantener los precios de intercambio entre compan~ias vigentes durante la pasada Operacion Paso del Estrecho 2008.

Por ello, os adjuntamos los citados importes para que sean comprobados y se confirmen por esta misma via la aceptacion de los mismos" (folio 5) "Tras los acuerdos alcanzados, adjunto os envio las tarifas de intercambio en las lineas de Ceuta y Tanger. Estas tarifas son utilizadas para poder sobordear los billetes de las demas navieras embarcadas en nuestros buques. El codigo que normalmente han tenido es TGIN y la vigencia debe ser del 27.06.09 al 15.09.09" (folios 935- 936)".

- También con relación a acuerdos concluidos en el mismo período, 2009, se expone que "En una reunion de 7 de julio de 2009, cuyas conclusiones fueron recogidas en unas notas manuscritas de Trasmediterranea, en un cuaderno de despacho del Director de Pasaje recabado en formato papel en la inspeccion de Trasmediterranea de 11-12 de mayo de 2010, se observa que se trataron los problemas surgidos, considerando establecer el precio de fast ferry dos euros mas caro que el ferry y eliminar las ofertas pasando a tarifa general, ademas de analizar los precios de Comarit, IMTC y Trasmediterranea (CT) (folio 17). Las tarifas acordadas podrian haber sido las recogidas en unas notas manuscritas de Trasmediterranea entre el 7 de julio y el 14 de agosto de 2009, en el cuaderno del despacho del Director de Pasaje (folio 18), en las que figura una tabla con "Tarifas Tanger" para pasajero, vehiculo y furgoneta, deducido por la DI de acuerdo con el folio 19, de Trasmediterranea (ferry y fast ferry), Balearia, FRS y, Comarit e IMTC (con un unico precio para ambas compan~ias), ademas de las tarifas de intercambio. Se observa como las tarifas en fast ferry eran como minimo dos euros mas caras que las de ferry: (...)". Plasmando a continuación un cuadro comparativo donde se incluyen tales tarifas.

- Los documentos obtenidos como consecuencia de las inspecciones realizadas en mayo de 2010 y a raíz, por tanto, de las Órdenes de Investigación declaradas ilícitas, alcanzan también a la justificación de hechos considerados probados que acaecieron en ese mismo año 2010. Al referirse la resolución sancionadora, en su relato de hechos probados, a las "Condiciones del Acuerdo tarifario G5 de marzo de 2010" (apartado 3.4.2), y en concreto a cuestión tan relevante como la "Subida de precios", manifiesta que "Los precios acordados de pasajero y vehiculo, tanto en temporada alta como baja y para las lineas Algeciras-Tanger (ferry y fast ferry), Algeciras- Ceuta y Tarifa-Tanger, expresados en euros, fueron (folios 981-982, recabados en formato electronico en la inspeccion de Trasmediterranea de 11-12 de mayo de 2010,1194 ,recabado en formato papel en la inspeccion de LME, SA y Comarit Espan~a SL, 976-978, 979-980, recabados en formato electronico en la inspeccion de Trasmediterranea de 11-12 de mayo de 2010 y 509): ...", recogiénolos a continuación. También dice, con expresa remisión a los correspondientes folios del expediente administrativo, que "Evidencias del acuerdo han sido encontradas en las sedes de inspeccionadas de Trasmediterranea, IMTC (STA) y de Comarit, ademas de los documentos aportados por Balearia, en concreto: Notas redactadas en un primer momento por el Director de Explotacion de Trasmediterranea y completadas por el Director General de Balearia al final de la reunion con las fechas de aplicacion de los precios acordados (folio 602). Estas notas fueron distribuidas a todos los asistentes a la reunion al finalizar esta (folio 509), como demuestra que el mismo documento fuera encontrado en la inspeccion de la sede de las filiales de Comarit (folio 1196). Documentacion de Comarit, con el contenido fundamental del acuerdo, es decir, una tabla de los precios y calendario a aplicar por todas las empresas participantes y diversas tablas desglosando los distintos tipos de tarifas y PVP en euros y dirhams, para ambas temporadas (folios 1196 y 1189-1193), ademas del contenido del acuerdo exclusivamente para Comarit "CAMBIO TARIFAS EN LINEA ALGECIRAS-TANGER- ALGECIRAS A PARTIR DEL LUNES DIA 15 DE MARZO" en los que queda reflejado la aplicacion por parte de Trasmediterranea del acuerdo de precios en la linea Algeciras-Tanger ademas del beneficio de aplicarlo (folios 976-978, 979-980). LUNES DIA 15 DE MARZO" en los que queda reflejado la aplicacion por parte de Trasmediterranea del acuerdo de precios en la linea Algeciras-Tanger ademas del beneficio de aplicarlo (folios 976-978, 979- 980). Correo interno de Trasmediterranea, de 15 de marzo de 2010, en el que el Director de Pasaje confirma el significado de los acuerdos con el Delegado Coordinador Zona Sur...".

- Respecto del "Seguimiento del acuerdo de marzo de 2010" (apartado 3.4.3 de los hechos probados), son muy numerosas las referencias a documentos obtenidos en las inspecciones controvertidas, teniendo en cuenta que el apartado 10 de los antecedentes de hecho de la resolución de 7 de noviembre de 2012, que los caracteriza como "determinados documentos recabados en formato electrónico durante la inspección de las sedes de Balearia Euomarítimas SA y de Compañía Transmediterránea SA y Transmediterránea Cargo SA llevadas a cabo en el marco de la información reservada tramitada bajo la referencia S/0244/10", los identifica como los comprendidos entre los folios 870-912 y 913-1029.



- Y lo mismo sucede con los "Acuerdos línea Almería-Nador: reparto de mercado, acuerdo de precios y horarios" al que se dedica el apartado 3.5, último de los hechos probados. En este caso hay una remisión explícita, para afirmar que existían evidencias de los contactos mantenidos entre Comarit, Comanav y Transmediterránea en relación a este reparto, a los hechos que resultan de los folios 966-968, 990-1001 y 1002-1003, 1017, ó 946-948.

CUARTO.- El examen de los datos expuestos arroja dos conclusiones relevantes sin duda para determinar si procede o no aplicar la doctrina que emana de las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2015 .

La primera, que los documentos obtenidos como consecuencia de las inspecciones realizadas bajo el amparo de las Órdenes de Investigación de 3 y 12 de mayo de 2010 han sido tomados en consideración por la Comisión Nacional de la Competencia para fijar los hechos probados que, a la postre, determinaron la sanción recurrida. Los datos que reflejan tales documentos son de referencia continua cuando la resolución de 7 de noviembre de 2012 delimita los hechos de cargo.

Y la segunda, que la misma resolución sancionadora no discierne, como exige el Tribunal Supremo, y a la hora de fijar los hechos probados y determinar la responsabilidad de la sancionada que de los mismos pudiera derivarse, entre los datos obtenidos ilícitamente por consecuencia de las inspecciones inválidas y el resto de las pruebas, sino que, como dicen las sentencias de referencia, " se apoya en el conjunto de datos que consideraba válidos ". De hecho, al determinar la responsabilidad de "Compañía Transmediterránea, SA, Europa Ferrys, SA, Cenargo España, SLU y Ferrimaroc, SA", la resolución se limita a declarar, como vimos, que "Ha quedado acreditado que Europa Ferrys, S.A., Compañía Trasméditerránea, SA adoptaron los acuerdos anticompetitivos y acudieron a las reuniones en las que se decidieron desde enero de 2002 hasta julio de 2006, actuando durante este periodo como entidades independientes. A partir de julio de 2006, año en que Europa Ferrys SA fue adquirida por Trasméditerránea, y hasta diciembre de 2010, ambas compañías participaron en los contactos entre competidores en representación de y vinculando a Europa Ferrys, SA y a Compañía Trasméditerránea, SA, tal y como pone de manifiesto en la diversa documentación obrante en el expediente, en la que aparecen los nombres de ambas empresas. Las condiciones acordadas eran trasladadas a Cenargo España, SLU y a Ferrimaroc, SA, que se limitaban a ejecutarlas. Teniendo en cuenta lo anterior y lo dispuesto en el artículo 61 LDC, se considera que la conducta anticompetitiva descrita en el Fundamento de Derecho TERCERO de esta Resolución es imputable solidariamente a Europa Ferrys, SA y a su matriz, Compañía Trasméditerránea, SA, desde enero de 2002 hasta diciembre de 2010 en tanto que ambas operaban en las líneas Algeciras-Tanger/ Ville, Algeciras-Tanger/ Med y Almería -Nador" .

El esfuerzo de la Comisión al describir la existencia de "una infracción única y continuada acreditada por los documentos obrantes en el expediente", dentro del fundamento de Derecho tercero, "Sobre la ilicitud de la conducta", tropieza con la misma carencia al remitirse de manera indiferenciada a distintos documentos y, entre ellos, a algunos de los contaminados por las Órdenes anuladas.

La consecuencia no puede ser otra que la que prevé el Tribunal Supremo cuando advierte que "... así las cosas, debe prevalecer la presunción de inocencia y hemos de declarar que en las circunstancias concurrentes y ante el examen conjunto del material probatorio, en parte relevante inválido, efectuado por la Comisión Nacional de la Competencia, no es posible considerar acreditada la conducta infractora imputada por la resolución sancionadora, por lo que procede estimar el recurso contencioso administrativo a quo y anular la referida resolución impugnada en el mismo".

Entendemos que ello obliga a estimar el recurso en los mismos términos, pues el defecto aquí es idéntico y arrastra la invalidez, de acuerdo con el criterio del mismo Tribunal Supremo, del acto administrativo cuya legalidad revisamos ahora.

El alto Tribunal critica también, con carácter previo a esa conclusión y con el efecto de casar la sentencia de instancia, que la Sala hubiera hecho una valoración conjunta de todo el material probatorio, y dice así lo siguiente: " En efecto, la Sentencia de instancia ha efectuado una valoración conjunta del material probatorio en la que resulta indiscernible el peso que la Sala juzgadora ha otorgado a los documentos provenientes de las distintas fuentes (inspecciones en sedes de Trasméditerránea y de Balearia, declaraciones y documentos aportados en la solicitud de clemencia de Balearia) así como el eventual sesgo que pudieran tener las declaraciones ofrecidas por Balearia en el curso de su solicitud de clemencia, y ello a pesar de que se indiquen el origen de los distintos documentos y datos. Así pues, la imposibilidad de separar el peso y relevancia respectiva otorgados por la Sala de instancia a los datos inextricablemente enlazados entre sí, y el hecho cierto que a los obtenidos en las inspecciones de las sedes de Trasméditerránea no es posible otorgarles valor alguno, hacen que se produzca la insuficiencia probatoria aducida por la recurrente".

En el presente caso, y a diferencia del enjuiciado entonces, llegamos a la conclusión de que la resolución sancionadora debe ser anulada por los motivos expuestos, por lo que la valoración de ese material probatorio se ha centrado en determinar si los datos obtenidos lícita e ilícitamente han sido considerados en su conjunto o



de manera individualizada para justificar la declaración de responsabilidad y la consiguiente sanción, tal y como se ha razonado. Es evidente que, alcanzada esa conclusión, previa en el proceso lógico de enjuiciamiento, con la consecuencia obligada de la revocación del acto recurrido, no procede llevar a cabo una valoración de la prueba que discrimine los datos obtenidos lícitamente para así llegar a determinar si la entidad afectada pudiera estar incurso en responsabilidad, lo que obviamente excede de las funciones de este Tribunal.

Finalmente, no puede dejar de significarse que del dictado de las tres sentencias del Tribunal Supremo de constante mención en este asunto, así como de las alegaciones de la actora formuladas en relación a las mismas, se dio oportuno traslado al Abogado del Estado y a las demás partes personadas sin que hicieran manifestación alguna al respecto.

QUINTO .- No procede hacer expresa imposición de las costas causadas en esta instancia conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA atendidas las dudas suscitadas en torno a la aplicación del criterio que ha sido finalmente asumido y la existencia de pronunciamientos anteriores de esta misma Sección directamente relacionados con el supuesto aquí enjuiciado que adoptaron otro contrario.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Jorge Laguna Alonso actuando en nombre y representación de **COMPAÑÍA TRANSMEDITERRÁNEA, S.A. y EUROPA FERRYS, S.A.**, contra la resolución de 7 de noviembre de 2012, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, por la cual se les impuso una sanción de 25.516.377 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave consistente en la existencia de un acuerdo entre empresas prohibido por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, debemos anular y anulamos dicha resolución.

Sin hacer expresa imposición de costas.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe recurso de casación preparándolo ante esta Sala mediante escrito que habrá de presentarse en el término de diez días a contar desde el siguiente a su notificación, y previa la constitución del correspondiente depósito, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 4/02/2016 doy fe.