

# Oxford Competition Law

## **Balearia Eurolíneas Marítimas, SA and Euromaroc 2000, SLU v National Commission on Markets and Competition, Trasmediterránea, SA (joining) and ors (joining), Appeal judgment, No 16/2017, Case 6/2013, OCL 214 (ES 2016), 22nd December 2016, Spain; National Competition Commission [CNC]**

**Date:** 22 December 2016

**Citation(s):** No 16/2017 (Decision No)

Case 6/2013 (Official Case No)

OCL 214 (ES 2016) (OUP reference)

**Content type:** Domestic court decisions

**Product:** Oxford Competition Law [OCL]

**Jurisdiction:** Spain [es]; National Competition Commission [CNC]

**Parties:** Balearia Eurolíneas Marítimas, SA, Euromaroc 2000, SLU  
National Commission on Markets and Competition

**Additional parties:** (Joining Party 2) Trasmediterránea, SA, Förde Reederei Seetouristik Maroc Sarl, International Maritime Transport, Europa Ferrys, SA, Comanav, SA, CMA- CGM, Förde Reederei Seetouristik Iberia, SLU

**Judges/Arbitrators:** Berta Santillán Pedrosa (President); Santiago Pablo Soldevila Fragoso; Francisco de la Peña Elías; Ana Isabel Resa Gómez

**Procedural Stage:** Appeal judgment

**Previous Procedural Stage(s):**

NCA Council Decision; *Navieras Marruecos*, Case S/0331/11, 7 November 2012

---

**Subject(s):**

**Core Issue(s):**

Whether a national competition authority could rely on documents provided by a leniency applicant when other evidence was invalid due to the illegality of inspections.

To what extent the illegality of an inspection order entailed the invalidity of a fine regardless of the existence of further evidence.

To what extent it was possible to discern if the decision of a national competition authority would have remained the same if it were based solely on evidence other than documents seized at an illegal inspection.

---

## **Facts**

**F1** In 2010 the Spanish National Commission on Competition ('NCA') investigated a price-fixing cartel in the maritime passenger and vehicle transportation on the Algeciras-Ceuta line involving Balearia Eurolíneas Marítimas, SA ('Balearia'), Buquebus España, SA, Euromaroc 2000, SL ('Euromaroc'), Europa Ferrys, SA, Compañía Trasmediterránea, SA ('Trasmediterránea'), and Förde Reederei Seetouristik Iberia, SLU—*Navieras Ceuta-2*, NCA Council decision, Case S/0241/10, 10 November 2011 ('*Navieras Ceuta-2*').

**F2** In parallel proceedings—*Navieras Baleares*, NCA Council decision, Case S/0244/10, 23 February 2012 ('*Navieras Baleares*')—the NCA conducted inspections on 11 May 2010 at the premises of Balearia, Trasmediterránea, and Trasmediterránea Cargo, SA. According to the inspection order, its object was to verify the existence of anticompetitive practices between the undertakings concerned, consisting of market sharing, fixing prices and commercial conditions, imposing unequal conditions, or any other conduct that could foreclose the maritime passenger and cargo market.

**F3** On 15 May 2010, Euromaroc applied for leniency, submitting further evidence on 4, 8, and 17 June 2010, including several interviews with the CEO and owner of the Balearia group of companies. On 3 August 2010, Balearia, requested that the parent company and all other group companies benefit from leniency.

**F4** Several documents seized during the inspections and/or provided by the leniency applicant were included in *Navieras Ceuta-2*, and gave rise to a third NCA procedure—*Navieras Marruecos*, NCA Council decision, Case S/0311/11, 7 November 2012 ('*Navieras Marruecos*') in which the NCA adopted its final decision.

**F5** The undertakings concerned challenged the fines imposed in *Navieras Marruecos*. Balearia also sought judicial review even though it had recognized its own participation in anticompetitive conduct by means of the leniency application and had obtained a fine reduction amounting to 40%. In the appeal, Balearia mainly argued that the fine—€2,223,464—was disproportionate and, more importantly, that the fine should be reduced even further—to 50% of the original fine amount—given the value of evidence provided as leniency applicant.

**F6** Meanwhile, the Spanish Supreme Court annulled the fines imposed on by Trasmediterránea in *Navieras Ceuta-2* and *Navieras Baleares*, because the inspection orders were invalid. Since the orders did not sufficiently specify the infringement under investigation, the NCA had breached the companies' fundamental right to privacy of their premises.

**F7** After these Supreme Court judgments, Balearia changed its main plea against *Navieras Marruecos* and sought complete annulment of its fine.

## **Held**

### **Substantive Aspects**

**H1** On 25 January, 24 November, and 22 December 2016, the Court of Appeals annulled the fines imposed on other undertakings also affected by the NCA decision in *Navieras Marruecos*. (paragraph 11)

**H2** The annulment was the consequence of applying the Spanish Supreme Court's previous judgments declaring the nullity of inspection orders issued in *Navieras Baleares*. In several judgments, the Supreme Court stated that those inspection orders did not comply with the minimum requisites of Article 20.4 of Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, [2003] OJ L 1/1, Council of the European Union, 16 December 2002, Article 40 of the Competition Act, 15/2007, 3 July 2007 (Spain), and Article 13 of Royal Decree 261/2008 adopting the Regulation implementing the Competition Act, BOE No 50, 11575, 22 February 2008 (Spain), since they did not specify the subject matter and purpose of the investigation. The nullity of inspection orders also entailed the invalidity of any inspection activities and the impossibility of using any documents seized during the inspections for fining purposes. (paragraph 12)

**H3** In the cassation appeal *CNC v Compañía Trasmediterránea, SA*, Supreme Court Judgment, Case 874/2014, 1 June 2015 the plaintiff argued that the nullity of those inspection orders should have also entailed the nullity of the leniency application and the inspection conducted at its own premises. The Supreme Court stated that this was not necessarily the case. However, it upheld the cassation appeal since a leniency application must always be confronted to further evidence and it was impossible to discern in that case how much weight the NCA vested in the documents seized during the inspections and how much in the leniency application. (paragraph 12)

**H4** In former cases, the Spanish Supreme Court gave particular importance to the fact that the NCA did not specify which specific documents proved the alleged infringement and referred to them in global terms. (paragraph 13)

**H5** In this case, the paradox was that the plaintiff recognized its full participation in the cartel but the fines imposed to other participants were annulled. In principle, the leniency declaration could have been considered as sufficient evidence of the wrongdoing. However, collusive practices require a common will and, therefore, at least two companies must agree on the unlawful practice. In these circumstances, it was not possible to maintain the fine against the plaintiff since, despite its own confession, it was impossible to demonstrate here a meeting of the minds. (paragraph 16)

**H6** Finally, it was necessary to ascertain if this finding implied a deviation from the plaintiff's appeal, which would run contrary to procedural rules. In this case, the plaintiff sustained its initial appeal on errors of law as regards the amount of the fine. However, after the relevant Supreme Court judgements were published, the plaintiff enlarged its request and sought the nullity of the fine because of the invalidity of the inspections. Therefore, there was no procedural deviation. (paragraph 21)

**H7** The appeal was therefore upheld and the fine imposed to the plaintiff by the decision in *Navieras Marruecos* was annulled. (paragraph 29)

Date of Report: 06 June 2017

**Reporter(s):** Stefan Rating, Yolanda Martínez Mata

### **Analysis**

**A1** In this case, the Spanish Court of Appeals had to decide whether to maintain the NCA fine only as regards the leniency applicant, when it had already annulled fines imposed on other undertakings for the same alleged cartel. The Court itself highlighted the paradoxical

nature of the case, since an undertaking that had expressly admitted its own wrongdoing was seeking the annulment of its fine based on the illegality of inspection orders.

**A2** The Court relied on a technicality in order to annul Balearia's fine. It argued that cartels always need a meeting of the minds and, absent the evidence as regards third parties because of the nullity of inspection orders, the fine could not be maintained against the leniency applicant alone.

**A3** The reference to the need to prove coordination beyond the leniency application is a sound and sensible reminder for cartel cases. In some instances—see eg, *Concesionarios Audi/Seat/VW*, NCA Council decision, Case S/0471/13; OCL 196 (ES 2015), 28 May 2015—the Spanish NCA placed a lot of weight on the declarations of the leniency applicant, and the Spanish judiciary emphasized a need to look for confirmatory evidence.

**A4** However, in the case at hand it was striking that the leniency applicant itself benefited from this NCA obligation. In its striving for a sizeable fine reduction, Balearia submitted large numbers of documents that the NCA had also seized at the inspections. To the extent that the source was the leniency applicant, such documents were not a fruit of the poisonous tree, ie they were perfectly valid evidence regardless of whether the NCA had seized copies of the very same documents at the illegal inspection. Still, the Court of Appeals chose not to mention, let alone assess, such documents at all.

**A5** Moreover, the leniency applicant's owner and CEO had made several lengthy oral statements to the NCA, even after having had access to the case file. Such statements were so detailed that the Court of Appeals had, in the parallel appeal of another alleged participant, taken the unprecedented decision to grant the applicant's request to cross-examine the CEO of Balearia—*Comanav SA and CMA-CGM SA v CNC*, Appeal judgment, Case 2/2013, 1 December 2016.

**A6** Of course, the leniency applicant could not possibly anticipate that the courts would annul the inspection orders. Indeed, Balearia did not even challenge the validity of such orders. Neither could the leniency applicant foresee that it might end up being the only undertaking receiving a fine. From this point of view, one must admit that maintaining the fine only against the leniency applicant would probably be difficult to reconcile with the non-discrimination principle.

**A7** However, there was a material difference between Balearia and the other alleged participants, namely its self-indictment. This is an express requirement pursuant to paragraph 21(c) of the CNC Leniency Notice, 19 June 2013 (Spain), which draws inspiration from the Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, [2006] OJ C298/17, European Commission, 8 December 2006. Indeed, such procedural differences between participants with material consequences were not unusual, eg in relation to prescription. For instance, when the Supreme Court annulled the inspection orders and, subsequently, the Court of Appeals annulled the fine for *Trasmediterránea in Navieras Ceuta-2*, the NCA's decision had already acquired force of law against other participants.

**A8** Moreover, for the Court of Appeals to hold that the infringement was not proven, despite extensive and detailed self-incrimination, seemed a somewhat inconsistent solution. It was one thing to ask for confirmatory evidence as regards a leniency applicant's statements about third parties, but quite a different one to adopt a formalistic approach as regards this obligation vis-à-vis the leniency applicant itself. Therefore, it seems rather

obvious that faced with the dilemma of choosing between material equality and a consistent legal argumentation, the Spanish Court of Appeals opted for the former.

Date of Analysis: 18 September 2017

Analysis by: Stefan Rating, Yolanda Martínez Mata

***Instruments cited in the full text of this decision:***

*International*

Treaty on the Functioning of the European Union (13 December 2007) [2012] OJ C326/47, entered into force 1 December 2009, Articles 101, 102

*European*

Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, [2003] OJ L1/1, Council of the European Union, 16 December 2002, Article 20.4

Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, [2006] OJ C298/17, European Commission, 8 December 2006

*Domestic*

Constitution of the Kingdom of Spain, 6 December 1978, amended 27 September 2011 (Spain), Articles 18, 106

Competition Act 15/2007, 3 July 2007 (Spain), Articles 1, 2, 40

Royal Decree 261/2008 adopting the Regulation implementing the Competition Act, BOE No 50, 11575, 22 February 2008 (Spain), Article 13

Law 29/1998, on Judicial Review of Administrative Acts and Proceedings, 13 July 1998 (Spain), Articles 31, 45.1, 54,69.1

***Cases cited in the full text of this decision:***

*General Court of the European Union*

*Orange v European Commission*, Judgment, Case T-402/13; ECLI:EU:T:2014:991, 25 November 2014

*Spanish domestic courts*

*Navieras Ceuta-2*, NCA Council decision, Case S/0241/10, 10 November 2011

*Navieras Baleares*, NCA Council decision, Case S/0244/10, 23 February 2012

*Navieras Marruecos*, NCA Council decision, Case S/0311/11, 7 November 2012

*Trasmediterránea, SA and Trasmediterránea Cargo, SA v CNC*, Supreme Court Judgment, Case 1292/2012, 27 February 2015

*CNC v Compañía Trasmediterránea, SA*, Supreme Court Judgment, Case 874/2014, 1 June 2015

*Compañía Trasmediterránea, SA and Europa Ferrys, SA v CNC*, Supreme Court Judgment, Case 1994/2014, 1 June 2015

*Compañía Trasmediterránea, SA and Europa Ferrys, SA v CNC*, Appeal judgment, Case 713/2012, 25 January 2016

*Montserrat v the State and the Government of Andalusia*, Supreme Court Judgment, Case 2537/2015, 25 October 2016

To access full citation information for this document, see the Oxford Law Citator record

## Decision - full text

Paragraph numbers have been added to this decision by OUP

**1 VISTO** el presente recurso contencioso-administrativo **núm. 6/13** promovido por el Procurador D. Pedro Antonio González Sánchez, actuando en nombre y representación de las mercantiles **Balearia Eurolíneas Marítimas SA (Balearia) y Euromaroc 2000 SLU (Euromaroc)**, contra la resolución de 7 de noviembre de 2012, del Consejo, contra la resolución Comisión Nacional de la Competencia, recaída en el expediente sancionador S/0331/11 Navieras de Marruecos, por la cual se les impuso una sanción de 2.223.464 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.

**2** Las mercantiles Transmediterránea SA, Forde Reederei Seetouristik Maroc SARL, International Maritime Transport, Europa Ferrys SA, Comanav SA, CMA-CGM y Forde Reederi Seetouristik Iberia SLU, representadas por los Procuradores de los Tribunales Srs. Jorge Laguna Alonso, Rosa Sorribes Calle, Beatriz Sánchez Vera Gómez-Trelles, Jorge Laguna Alonso, Juan Carlos Estévez Fernández Novoa, y Rosa Sorribes Calle, se personaron como partes codemandadas en el presente proceso.

## Antecedentes de hecho

**3 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 se declare contraria a derecho y se anule la resolución recurrida y subsidiariamente rebajando la cuantía de la sanción impuesta.

**4 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.

**5 TERCERO** .— En un escrito posterior a la formulación de las conclusiones, la recurrente hizo mención expresa de las siguientes sentencias, que estima que tienen incidencia directa en la resolución del presente recurso.

— STS de 27 de febrero de 2015, recurso de casación nº 1292/2012, que anuló las órdenes de investigación de 3 y 12 de mayo de 2010 y las actuaciones de inspectoras realizadas bajo su amparo, respecto de la mercantil Transmediterránea.

— SSTS de 1 de junio de 2015, dictadas en los recursos de casación nº 874/2014 y 1994//2014, que determina que la forma ilícita en la que se recabó el material probatorio conlleva además de la ilicitud de dicho material, que las restantes pruebas valoradas conjuntamente con las ilícitas sin tender en cuenta el peso de cada una de ellas, determina una insuficiencia probatoria que conduce a la anulación de la resolución sancionadora.

— SAN de 25 de enero de 2016, dictada en el recurso nº 713/2012 de esta misma Sección, que aplica la doctrina anterior con las consecuencias referidas.



**6** De forma particular subraya que las recurrentes, como solicitantes de clemencia, reconocieron explícitamente los hechos imputados por lo que su recurso tenía por objeto obtener una reducción mayor de la cuantía de la sanción impuesta. Dictadas las sentencias de referencia, estima que debe anularse íntegramente la sanción que le fue impuesta pues la prueba de cargo en la que se basa está formada por documentación aprehendida en la sede de Transmediterránea, sin que pueda realizarse una valoración de la misma separada de las otras pruebas obrantes en autos. Recuerda que la práctica colusoria no puede realizarse de forma individual, por lo que si las sanciones de los restantes partícipes en el cártel se anulan, la recurrente no puede ser la única sancionada.

**7 CUARTO** .— Habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 23 de noviembre de 2016.

**8** Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO, quien expresa el parecer de la Sala.

### **Fundamentos de derecho**

**9 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 de 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, entre otras, las mercantiles Balearia Eurolíneas Marítimas SA (Balearia) y Euromaroc 2000 SLU (Euromaroc).

(....) .

Tercero.— Imponer a las recurrentes las siguientes sanciones por las conductas declaradas contrarias a la ley 15/2007 y al artículo 101 TFUE : (...) Dos millones doscientos veintitrés mil cuatrocientos sesenta y cuatro euros (2.223.464 €).

(...) .

Quinto.— Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Defensa para que vigile el cumplimiento de esta Resolución (...)"

**10** 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 que 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.

8) 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).

9) 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 ) nº 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.

10) 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.

**11 SEGUNDO** .— Este Tribunal ha procedido a anular las sanciones impuestas a las mercantiles Compagnie maritime marocco-norvegienne (Comarit), Líneas marítimas europeas SA (LME), Comanav Ferry SA (Comanav), todas ellas por la SAN de 24 de noviembre de 2016 recurso nº 10/13 , la Compañía Transmediterránea, S.A, y Europa Ferrys, S.A, por la SAN de 25 de enero de 2016 recurso nº 713/12 . Finalmente, por sentencia de 22 de diciembre de 2016, en el recurso nº 9/13 , la sanción impuesta a International Maritim Transport Corporation (IMTC).

**12** El fundamento de estas anulaciones radica en la aplicación al presente caso de la doctrina contenida en las SSTS invocadas por las recurrentes y que se relacionan a continuación:

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 incurrir 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 dio lugar a la actuación de la Comisión Nacional de la Competencia se constriñó 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 2.015 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 exculpativo 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 inculpatorios 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 la 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.

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 discernan, 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.

**13 TERCERO** .— En la estimación de los recursos a que se hecho referencia en el principio del FJ anterior, se ha tenido en cuenta como elemento esencial, la circunstancia de que la Comisión al describir dentro del fundamento de Derecho tercero, "Sobre la ilicitud de la conducta", la existencia de "una infracción única y continuada acreditada por los documentos obrantes en el expediente", se remite de manera indiferenciada a distintos documentos y, entre ellos, a algunos de los contaminados por las Órdenes anuladas.

**14** De forma más específica, en la página 86 principio de la resolución sancionadora, expresamente se indica que las declaraciones del solicitante de clemencia se ven refrendadas por la prueba obtenida en las inspecciones, sin más precisiones, para añadir "Es más, son mucho más numerosas las piezas de evidencia (correos, faxes, documentos, referencias a reuniones...) procedentes de las inspecciones que los aportados por el clemente, especialmente en los primeros años del período de infracción". La resolución, en definitiva realiza una valoración conjunta de los documentos hallados en las distintas inspecciones y se constata que los encontrados en la sede de Transmediterránea son especialmente relevantes.

**15** En definitiva, en los casos referenciados hemos seguido el criterio mantenido por la SAN de 25 de enero de 2016, recurso nº 713/2012 , de esta misma Sección.

**16 CUARTO** .— En estas circunstancias, se plantea en el presente procedimiento la paradoja de que la recurrente reconoce su plena y activa cooperación en el cártel denunciado y sin embargo las sanciones impuestas a todos los demás partícipes han sido anuladas.

**17** En principio, la propia declaración autoincriminatoria de las recurrentes podría ser considerada prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y, en consecuencia, mantener la sanción para la misma, limitándose el objeto del presente procedimiento a discutir, como propone el desarrollo de la demanda, el margen de rebaja en la cuantía de la multa.

**18** No obstante, tal decisión chocaría con la lógica y con la propia naturaleza de la infracción.

**19** En efecto, la práctica colusoria denunciada, acuerdos horizontales entre empresas para la fijación de precios y condiciones de comercialización de sus productos, requiere por su propia naturaleza el concurso de distintas voluntades, al menos dos de ellas, y ese presupuesto esencial del tipo sancionador no concurre en el presente caso, pues todas las sociedades vinculadas al cártel han obtenido una sentencia favorable que ha anulado íntegramente las sanciones impuestas.

**20** Una vez que hemos declarado que no existe prueba de cargo para incriminar a las empresas denunciadas como partícipes en el cártel, no resulta posible mantener la sanción a la recurrente pues a pesar de su confesión, sólo puede considerarse cometida la infracción cuando, además o como consecuencia de dicha confesión, se acredite la existencia de un acuerdo de voluntades colusorio, lo que, dadas las circunstancias expuestas, no resulta posible en este caso.

**21** Así las cosas, lo único que queda por verificar es si ha existido o no desviación procesal, pues, ciertamente el desarrollo argumental de la demanda no guarda correlación con la petición final de la recurrente, formulada con posterioridad al trámite de conclusiones.

**22** A este respecto, resulta conveniente recordar la doctrina del Tribunal Supremo al respecto de la que la STS de 16 de octubre de 2016, recurso de casación nº 2537/2015 es un ejemplo y que señala que: "Sabido es que el proceso contencioso se caracteriza, desde el punto de vista objetivo, por una dualidad de objeto que se delimitan en momentos diferentes y sucesivos. De una parte, una concreta actividad administrativa que, con las matizaciones que se hacen por la doctrina y jurisprudencia y como regla general, constituye la base de su propia naturaleza, como cabe concluir del artículo 1º de nuestra Ley procesal e incluso desde el punto de vista del mayor rango normativo, en el artículo 106 de la Constitución . Esa actividad administrativa se ha de delimitar en el escrito de interposición, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.1º de la Ley Reguladora de la

Jurisdicción Contencioso-Administrativa , en el que precisamente exige que sea esa actividad la que justifique que el recurrente pueda solicitar que se tenga por interpuesto el recurso que ha de estar ya referido a ella, de tal forma que cualquier alteración en relación con dicha actividad puede suponer la desviación procesal y, por tanto, la declaración de inadmisibilidad del proceso. La consecuencia de que la actividad administrativa es el presupuesto del proceso es que la primera pretensión que el recurrente ha de ejercitar respecto de esa actividad es la de la anulación o declaración de nulidad de la misma, porque solo a esos efectos puede iniciarse el proceso. Es decir, si bien constituye el objeto del proceso la actividad, ello lo es para ejercitar unas concretas pretensiones, que no se delimitan en ese momento inicial del proceso por razones de la propia configuración del mismo —que exige el conocimiento de las actuaciones en vía administrativa con requerimiento del correspondiente expediente—, sino al formularse la demanda, conforme dispone el artículo 54 de la Ley procesal .

**23** Pues bien entre pretensiones y actividad debe existir la más completa conexión porque, en otro caso, se produciría el óbice formal que comporta la inadmisibilidad del proceso, de la desviación procesal, como ya se dijo antes, al amparo de lo establecido en el artículo 69.1º de dicha Ley . Obviamente la primera de las pretensiones ha de ser la de la anulación de la actividad administrativa como, con toda lógica, impone el artículo 31 de la Ley".

**24** El examen de las actuaciones pone de manifiesto lo siguiente:

1º. El objeto del recurso, definido en el escrito de interposición del mismo, fue la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 7 de noviembre de 2012 por la que se resuelve el expediente sancionador S/0331/11.

2º En el suplico de la demanda, las recurrentes solicitan la declaración de nulidad de la resolución referida.

3º. El desarrollo argumental de la demanda, tras admitir expresamente la participación de la recurrente en el cártel, se centró en impugnar la cuantificación de la multa por estimar que dada la información que facilitó a la CNC en su declaración de clemencia, la reducción de la sanción debería haber sido del 50% y no del 40%, como ocurrió.

4º. Mediante escrito de fecha 14 de julio de 2015, posterior al trámite de conclusiones, las recurrentes solicitan la anulación total de la multa en función de la jurisprudencia del TS antes mencionada, sobre la nulidad de las inspecciones realizadas en el curso de la investigación que fue dictada en fecha posterior a la tramitación del procedimiento.

**25** En estas circunstancias debemos concluir que no existe desviación procesal, pues la petición de anulación recae sobre el mismo acto descrito en el escrito de interposición del recurso, y si bien la argumentación y las consecuencias anulatorias descritas en la demanda divergen de forma manifiesta respecto de las solicitadas en el escrito de 14 de julio de 2015, ello se debe a una circunstancia sobrevenida y ajena a la diligencia de las recurrentes.

**26** Por las razones expuestas, debemos estimar íntegramente el recurso.

**27 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.

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

### **Fallamos**

**29** Que **estimando** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Pedro Antonio González Sánchez, actuando en nombre y representación de las mercantiles Balearia Eurolíneas Marítimas SA (Balearia) y Euromaroc 2000 SLU (Euromaroc), 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 2.223.464 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.

**30** Sin hacer expresa imposición de costas.

**31** 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 que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**32 PUBLICACIÓN** .— Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 11/01/2017 doy fe.

