



Roj: **SAN 2580/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2580**

Id Cendoj: **28079230062018100297**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/06/2018**

Nº de Recurso: **615/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000615 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05307/2017

Demandante: TRAVELPORT S.L.

Procurador: D^a. SUSANA ESCUDERO GÓMEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA N^o:

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. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiuno de junio de dos mil dieciocho.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 615/17 promovido por la Procuradora D^a. Susana Escudero Gómez, actuando en nombre y representación de **TRAVELPORT, S.L.**, contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 27 de julio de 2017, dictada en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de julio de 2016, recurso 551/2013, por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por TRAVELPORT S.L. contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 16 de septiembre de 2013, en el expediente S/0397/12 TRANSPORTES MADRID e impone finalmente una sanción de multa de 28.000 euros a TRAVELPORT S.L..

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 dicte sentencia por la que:

"acuerde la anulación de la resolución administrativa impugnada por no ser conforme a Derecho, anulando asimismo la sanción impuesta, todo ello conforme a lo demás que en Derecho sea procedente de hacer, con expresa imposición en costas a la parte contraria."

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 .- Mediante auto de 7 de febrero de 2018, se denegó el recibimiento del pleito a prueba sin perjuicio de tener por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo y una vez declarado concluso el procedimiento y pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 20 de junio de 2018, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN CASTILLO BADAL, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la resolución dictada con fecha 27 de julio de 2017, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el (Expediente S/0397/12 TRANSPORTES MADRID), cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"...ÚNICO.- Imponer, en ejecución de las Sentencias de la Audiencia Nacional, (Recursos 466/2013 , 491/2013 , 551/2013 , 508/2013 , 467/2013 , 548/2013 , 563/2013 , 564/2013), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 16 de septiembre de 2013 , las siguientes multas a las siguientes compañías: -

TRAVELPORT, S.L., 28.000 euros "

A la vista de los documentos que integran el expediente administrativo y de los unidos a estos autos, constituyen antecedentes relevantes para la resolución del litigio los siguientes:

Por resolución de 16 de septiembre de 2013, en el expediente S/0397/12 TRANSPORTES MADRID, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), acordó:

"Segundo.- De clarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del TFUE , consistente en un acuerdo de precios prohibido por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE del que son responsables ASEMTRACON, MEGATRAC 2000, S.L, TRANSPORTES MANUEL GONZÁLEZ BLÁZQUEZ, S.A., TET TRANS EUROPEAN TRANSPORT, S.A., RAISAPORT TRANSPORT S.L., MAARIF, S.L., TRANSPORTES ALONSO SALCEDO, S.A., TRANSPORTES CARRASCO, S.A., TRAVELPORT, S.L., CECOTRANS BIZ, S. COOP., FOUR CARRUANA S.L., TCV RAILWAY TRANSPORT S.L., COTRANSA, S.A., CESÁREO MARTÍN-SANZ, S.A. (CMS), TRANSTECO, S.A., AGENCIA DE TRANSPORTES SANTINA DE COVADONGA, LAUMAR CARGO S.L. y JOIRSA LOGISTICS S.A.

CUARTO.- Im poner las siguientes multas a las autoras de la conducta infractora declarada en el resuelve segundo: (...)

Sesenta y un mil doscientos noventa y nueve euros (61.299€) a TRAVELPORT, S.L.

QUINTO.- *Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución."*

2.- Frente a tal acuerdo interpuso la entidad sancionada recurso contencioso-administrativo que, seguido antes esta Sección bajo el número (551/2013), concluyó mediante Sentencia de 9 de junio de 2016 que estimó parcialmente el recurso interpuesto por TRAVELPORT S.L. contra la Resolución de 16 de septiembre de 2013, anulando ésta en cuanto a la cuantificación de la multa, ordenándose a la CNMC que realice un nuevo cálculo de la multa de acuerdo con lo expuesto en su Fundamento Jurídico Octavo, en el que acoge los razonamientos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 .

3.- En ejecución de lo resuelto en dicha sentencia, la CNMC, mediante la resolución de 27 de julio de 2017 ha impuesto una sanción a TRAVELPOR TS de multa de 28.000 euros.



SEGUNDO.- En su demanda, la parte recurrente, cuestiona la sanción impuesta por entender que la misma se ha obtenido con una base errónea o incorrecta.

Considera que la base sobre la que se aplica el porcentaje se ha calculado de manera diferente en su caso que respecto de las demás entidades sancionadas, vulnerando la resolución recurrida la doctrina jurisprudencial que interpreta los arts. 63 y 64 LDC .

Así, para calcular la sanción, en el caso de TRAVELPORT se ha tenido en cuenta el volumen de negocios total mientras que el resto de mercantiles infractoras se ha atendido al volumen de negocios en el mercado afectado.

La CNC toma en consideración para calcular el importe de la sanción el volumen de negocios anual, es decir, los 1.271.233,35 €, y obtiene la parte proporcional a un trimestre, es decir, 317.808 euros, y sobre esta base aplica el porcentaje de tipo sancionador, obteniendo como resultado, 28.000 euros, que es la cuantía de la sanción, que entendemos, sea en estrictos términos de defensa, no es ajustada.

A su juicio, debería haberse partido del volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) durante el trimestre que duró la infracción, que según los datos aportados, obrantes en el expediente y aceptados por el organismo sancionador (CNCM) es de 509.542,40 euros. Sobre esa cifra debe obtenerse la parte proporcional al trimestre, resultando que tal operación aporta como resultado un importe de 127.385,60 euros, cantidad esta que debe ser la base sobre la que aplicar el porcentaje aplicado por el órgano sancionador, y siguiendo los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Siguiendo la comparación con COTRANSA el volumen de negocio en el mercado afectado en un trimestre es de 127.385,60.

De aplicarse el porcentaje del 4,7% a la base que establece la resolución, el importe de la sanción sería inferior al establecido en la resolución de fecha 27 de julio de 2017.

TERCERO .- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda razona, con fundamento en la resolución impugnada en que se encuentra suficientemente motivada y que se ajusta al principio de proporcionalidad.

CUARTO.- La parte recurrente sostiene que la resolución es inmotivada. Sin embargo, su lectura revela la concreción práctica de cada uno de los criterios que contemplan los arts. 63 y 64 de la Ley 15/2007 , en atención a la singular participación de la recurrente en la conducta ilícita para fijar el importe de la sanción, como exige el Tribunal Supremo.

Ha de tenerse en cuenta que la resolución sancionadora inicial simplemente tomó en consideración el volumen de ventas de la empresa en el mercado afectado en 2011, 2.451.952 euros durante el periodo de duración de la conducta infractora, un trimestre (612.988 euros) y a esa cantidad aplicó un porcentaje del 10%, resultando así una sanción de 61.299 euros

La resolución sancionadora aquí recurrida, siguiendo los criterios recogidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 , comienza precisando que la nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución (esto es, 2012),

Advierte que es una infracción muy grave (art. 62.4.a) y por tanto podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2012.

A partir de ahí, tiene en cuenta los criterios establecidos en el artículo 64 de la Ley 15/2007 para obtener un tipo sancionador global, que después se aplica al volumen de ventas totales en el ejercicio anterior a la sanción para obtener la multa en euros.

a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción:

"El mercado afectado es el del transporte de contenedores por carretera con origen o destino Madrid. El acuerdo consistía en incrementar los precios de los servicios de transporte de contenedores por carretera: Se acordó repercutir un 5% sobre el precio del transporte a partir del 15 de abril de 2011 en concepto de recargo por variación en el precio del combustible, en aquellos casos en los que no se hubiera venido aplicando hasta ese momento. Al tratarse de un servicio necesario para la comercialización de un gran número de bienes, la capacidad de la conducta para generar efectos en cascada es indiscutible. La duración de la infracción debe cifrarse en al menos un trimestre, desde abril de 2011 hasta junio del mismo año, dado que en el acuerdo se prevé la revisión trimestral del mismo. En la infracción han participado las principales empresas de contenedores que operan en el Puerto Seco de Madrid, extendiendo sus efectos mucho más allá de dicho ámbito territorial. De hecho, la resolución



original establece que se trata de una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del TFUE , lo que implica su capacidad para afectar al comercio intracomunitario.

b) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos:

" la infracción se consumó con la celebración del acuerdo anticompetitivo, no siendo necesaria la acreditación de efectos, la resolución de la CNC afirmó que no cabía concluir que no se hubieran acreditado efectos derivados de la conducta analizada. De hecho, como figura en el fundamento jurídico tercero, algunas empresas han reconocido la aplicación del acuerdo.."

Una vez obtenido este tipo sancionador global, se procede a la individualización de las sanciones, en función del volumen de negocio en el mercado afectado de cada empresa y su cuota de participación en la conducta, que aparecen reflejados en una tabla en la Resolución. La cuota de participación de TRAVELPORT en el mercado afectado por la infracción fue del 10,9% y el tipo sancionador el 4,7%.

Como vemos, la resolución sancionadora indica, de conformidad con el art. 64 de la Ley 15/2007 , los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador, aunque no precise en cada uno de ellos el peso que se le da a la hora de determinarlo, sin que ello se traduzca en falta de motivación, pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015 , en el asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 181)."

QUINTO.- A partir de aquí, podemos concluir que la resolución recurrida individualiza la sanción a partir de las circunstancias singulares de la conducta ilícita de TRAVELPORT sin que se aprecie la falta de motivación que denuncia la actora en relación a aspectos concretos de ese proceso de concreción de la sanción.

La utilización del volumen total de negocios de cada empresa como base para la aplicación del tipo sancionador que le corresponde a cada una en función de su conducta, de acuerdo con el artículo 63 de la LDC , exige realizar un último ejercicio de ponderación de la proporcionalidad de la sanción. Para ello se hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado, bajo supuestos muy prudentes, el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Aunque un tipo sancionador fuera coherente con la gravedad y características de la infracción cometida, su aplicación al volumen de negocios total de la empresa podría determinar una cantidad que no respetara la debida proporcionalidad, bien por la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva, si la empresa actúa en otros mercados además de en el mercado afectado por la infracción (empresa multiproducto), bien, en este caso concreto, por la duración de la conducta que resulta significativamente inferior al año, En el supuesto objeto de este expediente, la infracción acreditada es de un trimestre para todas las empresas, por lo que procede realizar un ajuste de proporcionalidad

Como vemos, sobre el volumen de negocios total de la empresa, se ha aplicado un límite de proporcionalidad que responde a la necesidad de introducir un factor de corrección respecto de las empresas multiproducto, es decir, aquellas que, además de la actividad que desarrollan en el mercado afectado, realizan muchas otras fuera de él.

Para saber si una empresa es multiproducto es preciso analizar la proporción que supone el VNMA anual medio sobre el volumen de negocios total de la empresa. Es decir, si el porcentaje que el VNMA anual medio representa sobre el volumen total es reducido, quiere decir que la empresa lleva acabo otras actividades y que es multiproducto. Para estas empresas, una sanción que sólo tiene en cuenta el volumen de negocios total puede llegar a ser desproporcionada en relación con la efectiva dimensión de la conducta.

En el presente caso, la resolución recurrida explica que, salvo para MEGATRAC, que no realiza actividad en el mercado afectado se ha aplicado el límite de proporcionalidad a todas las empresas porque la infracción acreditada lo ha sido de un trimestre para todas ellas.

Quiere ello decir, que se ha tenido en cuenta el carácter de multiproducto de la empresa y también que la conducta infractora se ha realizado solo durante un trimestre, por lo que la sanción se ha motivado adecuadamente de conformidad con lo dispuesto en los arts 63 y 64 de la Ley 15/2007 y siguiendo las indicaciones de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 .

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.



SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , procede imponer las costas a la parte recurrente.

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

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a. Susana Escudero Gómez, actuando en nombre y representación de **TRAVELPORT, S.L.**, contra la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 27 de julio de 2017, dictada en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de julio de 2016, recurso 551/2013 , por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por TRAVELPORT S.L. contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 16 de septiembre de 2013, en el expediente S/0397/12 TRANSPORTES MADRID e impone finalmente una sanción de multa de 28.000 euros a TRAVELPORT S.L. , resolución que declaramos conforme a derecho, en cuanto a la recurrente refiere.

2.-. Procede imponer las costas a la parte recurrente.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , es susceptible de recurso de casación, que habrá de 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 que pronunciamos, mandamos y firmamos.

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 27/06/2018 doy fe.