



Roj: **SAN 2572/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2572**

Id Cendoj: **28079230062018100289**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **11/06/2018**

Nº de Recurso: **28/2017**

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: 0000028 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 309/2017

Demandante: B.C.N. ADUANAS Y TRANSPORTES S.L

Procurador: D. JACOBO GANDARILLAS MARTOS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

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. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a once de junio de dos mil dieciocho.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 28/17 promovido por el Procurador D. Jacobo Gandarillas Martos, actuando en nombre y representación de **B.C.N. ADUANAS Y TRANSPORTES S.L**, contra la resolución de 16 de julio de 2015, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2013) por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 2013 (recurso 29/2012) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.L. (BCN ADUANAS) en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 1 de diciembre de 2011 (Expediente S/0269/10 TRANSITARIOS 2) y le impone una sanción de multa de 639.356 €.



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:

" se estime íntegramente el presente recurso, anulando y declarando sin efecto la Resolución impugnada en los términos que resultan de la presente 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 .- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 6 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 16 de julio de 2015, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2013) por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 2013 (recurso 29/2012) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.L. (BCN ADUANAS) en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 1 de diciembre de 2011 (Expediente S/0269/10 TRANSITARIOS 2) y le impone una sanción de multa de **639.356 €** .

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:

1 -. Con fecha 1 de diciembre de 2011, en el expediente S/0269/10 TRANSITARIOS 2, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), acordó:

" PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del TFUE , de la que son responsables solidarias

BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.L. y BOFILL ARNÁN, S.A, consistente en la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

SEGUNDO.- Imponer solidariamente a BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.L. y BOFILL ARNÁN, S.A solidariamente el pago de una multa sancionadora por importe de 1.184.000 euros.

TERCERO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución."

2.- Frente a tal acuerdo interpuso la entidad sancionada recurso contencioso-administrativo que, seguido antes esta Sección bajo el número 29/12, concluyó por sentencia de 24 de Junio de 2013 , en cuyo fallo se acordaba lo siguiente:

" Que estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por BCN Aduanas y Transportes, S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Francisco Miguel Velasco Muñoz Cuellar, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 1 de diciembre de 2011, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la cuantificación de la multa, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos, ordenando a la CNC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, confirmando la Resolución en sus restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas.."

3.- Contra la citada sentencia se interpuso por el Abogado del Estado el recurso de casación 2872/2013 , resuelto por sentencia de 29 de enero de 2015 que declaró:

"Primero.- Ha lugar al recurso de casación número 2872/2013, interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada con fecha 24 de junio de 2013 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso - Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 29/2012 tan sólo en lo que se refiere a la interpretación que

el tribunal de instancia hace de la expresión "volumen total de negocios" inserta en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007.

Segundo.- Pr ocede mantener la estimación parcial, acordada por la Sala de instancia, del recurso contencioso administrativo número 29/2012, interpuesto por "BCN Aduanas y Transportes, S.A." contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 1 de diciembre de 2011 (expediente S/0269/10), en cuanto declara la nulidad de la sanción de multa impuesta y ordena a la referida Comisión (actualmente la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que la imponga conforme a Derecho. *A estos efectos, el cálculo de la multa deberá hacerse por aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 según los términos expuestos en los fundamentos jurídicos de esta sentencia.*"

4.- En ejecución de lo resuelto en dicha sentencia, la CNMC, mediante la resolución de 16 de julio de 2015, ha impuesto a la actora una sanción de multa de 639.356 euros

SEGUNDO.- En su demanda, la parte recurrente sostiene que la resolución de 16 de julio de 2015, se aparta de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 1 de diciembre de 2011, cuando se acordaba imponer solidariamente a las empresas BCN Aduanas y Transportes, S.L. y Bofill Arnán, S.A. solidariamente el pago de una multa sancionadora por importe de 1.184.000 euros. Por el contrario, la resolución de 16 de julio de 2015, impone exclusivamente a BCN Aduanas y Transportes, S.L. una sanción de 639.356 euros.

La aplicación estricta de esta resolución supone un empeoramiento de su situación, que ha pasado de responder, como obligado solidario, de 592.000 euros (mitad de la sanción originaria de 1.184.000 euros), a responder exclusivamente de 639.356 euros, con lo cual se estaría vulnerando el principio de la *reformatio in peius*.

En segundo lugar, denuncia la falta de motivación de la resolución impugnada que no precisa como ha fijado un tipo sancionador del 3% del volumen de negocio total del año 2010 de la empresa. A su juicio, los argumentos utilizados podrían servir para fundamentar la aplicación de cualquier porcentaje, hasta un máximo del 10%, según prevé el artículo 63.1 LDC.

Por otro lado, la resolución recurrida establece unos porcentajes de participación de BCN Aduanas y Transportes S.L. que no están justificados. Así, considera que el mercado afectado por la infracción de esta empresa supone un 4,8% del mercado afectado, y que su volumen de negocio supuso sólo un 1,1% del total del negocio de las empresas infractoras.

Ignora de dónde proceden estos datos, y más cuando en el Informe Parcial de Vigilancia de 30 de marzo de 2015, en su página 17 (folio 200 del expediente administrativo), se indica expresamente que "se desconoce el dato sobre la cuota de mercado de BCN". Si esto es así, no existe ninguna justificación acerca de la dimensión que tiene su participación en el mercado afectado. Por tanto, desconociendo estos datos, no es posible hacer una aplicación correcta del criterio que establece el artículo 64.1.b) LDC, en relación a la cuota de mercado que tiene la empresa responsable.

TERCERO. - El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda se opone al recurso e interesa su desestimación. Argumenta, en relación al primer motivo impugnatorio de la resolución recurrida que no procede otra vez la declaración de responsabilidad solidaria, porque la misma ya fue declarada en la resolución del 2011 y esta parte de la resolución no resulta alterada por la Sentencia del Tribunal Supremo.

En segundo lugar, que la resolución se halla motivada atendidos los criterios que contemplan los arts 63 y 64 sin que la resolución recurrida tenga que explicar la operación matemática que determina el porcentaje aplicado.

CUARTO.- Debe rechazarse el primer motivo impugnatorio pues la resolución dictada en ejecución que ahora se recurre no agrava la situación inicial del recurrente, antes al contrario. Para ejecutar la sentencia del Tribunal Supremo lo que procedía, era realizar un recalcu lo de la sanción impuesta a BCN en los términos expuestos en los fundamentos de derecho de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2015, es decir, de conformidad con los criterios de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, porque la declaración de responsabilidad solidaria de *BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.L. y BOFILL ARNÁN, S.A* que, impuesta por la resolución sancionadora inicial de 1 de diciembre de 2011 y confirmada por la sentencia de esta Sala de 24 de junio de 2013, no fue recurrida por el Abogado del Estado, quedó firme y, por tanto, no afectada por la sentencia del Tribunal Supremo en cuya ejecución se dicta la resolución ahora recurrida.

Por tanto, la recurrente responde de una sanción de 639.356 €, solidariamente con *BOFILL ARNÁN, S.A.*



QUINTO.- La resolución sancionadora inicial de 1 de diciembre de 2011 ya apreciaba que la conducta realizada por BCN ADUANAS constituía una infracción muy grave (art. 62.4.a) y que por tanto podría 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), en este caso 2010.

Consta en el expediente que el 24 de enero de 2011, BCN ADUNAS presentó su volumen total de negocios del año 2010, siendo este de 21.311.876 € (folio 171). Sobre esta cifra, el porcentaje a aplicar debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC .

En primer lugar, se describe el mercado afectado, que es el de la expedición de mercancías por carretera con origen en España y destino en otro país de la Unión Europea, en el ámbito del grupaje ("transporte de cargas de hasta 3000 kg, con cierta estandarización en su organización, con salidas semanales a punto concretos, pero sin necesidad de una recogida diaria", cuyas tarifas se fijan en función de su destino y peso) por ser el ámbito en el que la infracción tiene mayor aptitud para afectar a los clientes.

En cuanto al mercado geográfico, se ha considerado que el mercado del transporte internacional terrestre y el de sus actividades auxiliares, entre las que se encuentran las transitarias, es de ámbito nacional, lo que no impide que se produzca una afectación apreciable al comercio comunitario y por tanto se reconozcan efectos transfronterizos de la conducta.

La conducta ha sido definida como un cártel estable en el que las empresas participantes, han coordinado sus estrategias competitivas en cuanto a repercusión de costes, actualización de tarifas y contratación de trabajadores durante un periodo de ocho años que ha afectado "a un negocio crucial para la competitividad de la economía española y para el abastecimiento de los mercados nacionales" y que está protagonizado por importantes oferentes de este tipo de servicios.

BCN ADUANAS participó en las reuniones y acuerdos del cártel durante los 8 años en los que se extiende la infracción. Se ha acreditado la efectiva aplicación de los acuerdos adoptados, así como el seguimiento de su cumplimiento por parte de las empresas del cártel durante toda su vigencia a través de las reuniones de seguimiento e intercambios de cartas-tipo, faxes y correos electrónicos. Se ha constatado, además, una intensidad notable de las reuniones (42 durante todo el periodo de infracción).

En cuanto a los efectos de la conducta ilícita, la resolución sancionadora constató que se redujo la incertidumbre sobre el comportamiento de los competidores, lo que permitió no sólo un control mayor sobre el precio final sino una mejor posición negociadora frente a los clientes, que vieron disminuida su capacidad de elección y eliminados los beneficios que la competencia entre dichas empresas de transporte les podría haber reportado en innovación, calidad o precio.

Explicó que al centrarse el cartel sobre el grupaje (transporte de cargas de hasta 3.000 kg, con cierta estandarización en su organización, con salidas semanales a punto concretos, pero sin necesidad de una recogida diaria) estaba orientando a las necesidades de un tipo específico de clientes, en su mayor parte pequeñas y medianas empresas con escaso o nulo poder de negociación por lo que, a raíz de los acuerdos adoptados por el cartel el precio de los servicios transitarios se incrementó de manera artificial, afectando directamente a los clientes de las empresas participantes en el cártel e, indirectamente, a los consumidores y al interés público general.

Atendidas las circunstancias anteriores, la resolución recurrida sitúa el porcentaje de la sanción en el tramo medio dentro de la escala que el artículo 63.1.c de la LDC establece para las infracciones muy graves, y que tiene como máximo el 10% del volumen de negocios total de la empresa.

SEXTO.- A partir de la aplicación de los criterios generales, y con el fin de individualizar la sanción concreta a imponer a BCN ADUANAS, la resolución recurrida toma en consideración la facturación de la actora en el mercado afectado por la infracción durante el periodo en que ésta tuvo lugar, es decir, entre 2001 y 2008, facturación que, según los datos proporcionados por la propia empresa ascendió a 28.224.726 € .

Analiza seguidamente, para individualizar la sanción, que el mercado afectado por la infracción de BCN ADUANAS supone un 4,8% del total del mercado afectado por el cártel sancionado en los Exptes. S/0120/08 Transitarios y S/0269/10 Transitarios 2 (destacando que es inferior al porcentaje medio de participación en la infracción de las otras empresas, que apenas superaba el 11%).

Un tercer factor a valorar, destaca la resolución, es que su volumen de negocios total en 2010 supuso solo un 1,1% del total de negocio de las empresas infractoras. Es decir, si bien su participación en la infracción ha sido relativamente reducida en términos relativos, la intensidad de su implicación en el cártel ha sido especialmente elevada en proporción a su tamaño, lo que obliga a matizar la relevancia para la sanción de la reducida cuota de participación en la infracción.



Por esa razón, la resolución recurrida considera que el tipo sancionador en el que debe quedar fijado el importe de la multa debe ser del 3,0% de su volumen de negocios total en 2010, lo que supone una sanción de 639.356 euros.

Y ese porcentaje no es arbitrario. Se trata, de no sancionar de manera desproporcionada a aquellas empresas que tienen un volumen de negocios total alto cuando su actividad ilícita en el mercado afectado es relativamente pequeña en relación con su volumen total de negocio.

Por lo tanto, como la resolución impugnada expone los criterios que ha tomado en consideración, esto es, los expresados en los arts 63 y 64 de la Ley, cuya concreción al caso la actora no ha cuestionado y, 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)." Debemos concluir que la resolución recurrida se encuentra adecuadamente motivada, no resulta desproporcionada y es conforme a derecho.

SÉPTIMO.- 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 Procurador D. Jacobo Gandarillas Martos actuando en nombre y representación de **B.C.N. ADUANAS Y TRANSPORTES S.L.**, contra la resolución de 16 de julio de 2015, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2013) por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 2013 (recurso 29/2012) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.L. (BCN ADUANAS) en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 1 de diciembre de 2011 (Expediente S/0269/10 TRANSITARIOS 2) y le impone una sanción de multa de 639.356 €, declarando que la citada resolución es conforme a derecho.

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 notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 20/06/2018 doy fe.