



Roj: **SAN 2084/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:2084**

Id Cendoj: **28079230062014100273**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **07/05/2014**

Nº de Recurso: **683/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a siete de mayo de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Sindicato de Transportistas Autónomos de Bizkaia "Sintrabi"**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Ana Llorens Pardo, 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 26 de octubre de 2011**, relativa sanción y la cuantía del presente recurso 4.608.162 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido Sindicato de Transportistas Autónomos de Bizkaia "Sintrabi", y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Ana Llorens Pardo, 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 26 de octubre de 2011, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción.

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

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

TERCERO : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día seis de mayo de dos mil catorce.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 26 de octubre de 2011, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 4.608.162 euros por resultar acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del TFUE .

SEGUNDO : Antes de entrar en el análisis de la cuestión de fondo, hemos de recordar el contenido de la parte dispositiva de la Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos y, en lo que interesa:



"PRIMERO.- Declarar la existencia de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 18 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea entre los años 2002 y 2006, ambos incluidos, al crear un cártel en el Puerto de Bilbao para los servicios de transporte de mercancías por carretera en un radio de 200 kilómetros, mediante acuerdos para limitar el acceso a las infraestructuras portuarias, imponer una tarifa para estos servicios, y repartir el mercado entre los participantes en el cártel.

SEGUNDO.- Declarar responsables de la citada infracción al Sindicato de Transportistas Autónomos de Bizkaia; Bidetrans S.L.; C.B. DIRECCION000 ; y Transmeta S.L.

TERCERO.- Imponer el pago de las siguientes sanciones:

- 4.608.162 € a SINTRABI..."

TERCERO : Respecto a la recurrente se afirma en la Resolución impugnada:

"SINDICATO DE TRANSPORTISTAS AUTÓNOMOS DE BIZKAIA (SINTRABI)

SINTRABI es, de acuerdo con las declaraciones de la APB en julio de 2010 (folio 2646), del Comisionado para la Competitividad del Puerto de Bilbao en abril de 2008 (folio 75) y de la Jefatura de la Unidad de Investigación Criminal y Policía Judicial de la Erztaintza en septiembre de 2006 (folio 692), uno de los principales sindicatos de transportistas autónomos de mercancías que operan en el Puerto de Bilbao. Concretamente es el que aglutina a la mayor parte de los conductores autónomos que operan en dicho puerto de interés general. El gobierno y la administración de SINTRABI recae en la Asamblea General, integrada por todos los socios y que se reúne al menos una vez al año, y en la Junta Directiva (folio 3082).

No obstante, SINTRABI, en los escritos de fechas 16 de julio y 4 de agosto de 2010 remitidos a la Dirección de Investigación afirma que el Sindicato SINTRABI, en la actualidad, no tiene ninguna actividad ni existen afiliados al mismo (asegura SINTRABI que la última cuota se pagó en septiembre de 2006) como consecuencia del procedimiento que se desarrolló ante la Audiencia Nacional (folios 3053 y 4094)."

Respecto del Puerto de Bilbao, se afirma en la citada Resolución:

"El Puerto de Bilbao es uno de los 53 puertos españoles declarados de interés general, por lo que sus competencias no han sido transferidas al País Vasco, sino que pertenecen a Puertos del Estado, estando su gestión encomendada a la Autoridad Portuaria de Bilbao, organismo integrante del Organismo Público Puertos del Estado cuyas funciones y competencias vienen establecidas por Ley.

En la actividad del transporte terrestre de mercancías en el Puerto de Bilbao (también conocido como Puerto de Santurtzi por su anterior ubicación) concurren tres tipos de figuras: los consignatarios y transitarios; las empresas de transporte o comercializadoras y los transportistas autónomos (folio 692).

Los consignatarios de la carga son las personas a cuyo nombre va dirigido un cargamento, es decir, un agente de los destinatarios de las mercancías que, en nombre de éstos, se hace cargo del cargamento, abonando el flete correspondiente.

Los transitarios se encargan de resolver todos los trámites burocráticos, de contratar los seguros necesarios para cubrir los riesgos, de hacer un seguimiento de las mercancías y de informar puntualmente al cliente, entre otras cualificaciones.

Por ello, el contratante del servicio es generalmente un consignatario o un transitario, que pasa la orden a una empresa de transporte que, con frecuencia, no dispone de flota propia de camiones o, si la tiene, no siempre es suficiente para prestar todo el volumen de servicios contratado, por lo que subcontratan a los transportistas autónomos para la realización del servicio (folio 3035).

Los autopatronos ("camioneros") que trabajan en el Puerto de Bilbao están encuadrados en los tres sindicatos que operan en el mismo: SINTRABI, Egas e Hiru. Algunas comercializadoras, como Cotrascon y Cecotransbiz, están vinculadas a Egas, mientras que Hiru apenas tiene representados, siendo SINTRABI el que presenta mayor número de afiliados y el sindicato que trabaja con la mayoría de las comercializadoras que operan en el Puerto de Bilbao (folio 531 y 2745).

Además, hay que destacar que en el año 2004 se creó la Mesa de la Competitividad para solventar lo que se denominaba "la problemática existente" en el Puerto de Bilbao y adecuar su forma de funcionamiento a la normativa de la Unión Europea. Se refería dicha problemática a la pérdida de competitividad que estaba experimentando el Puerto de Bilbao como consecuencia de las conductas que SINTRABI y las empresas comercializadoras estaban desarrollando, y que habían sido objeto de la RTDC de 19 de diciembre de 2001. En ella estaban representadas todas las partes implicadas en el transporte terrestre de mercancías del Puerto (Administraciones, Autoridad Portuaria, consignatarios y transitarios, sindicatos de transportistas autónomos,



Uniport, comercializadoras...) y al frente estaba la figura del Comisionado para la Competitividad en el Puerto de Bilbao, que ha estado presente en el Puerto hasta el año 2009 (folio 2650). Uniport es la Asociación para el Desarrollo Competitivo y Promoción Comercial del Puerto de Bilbao y su entorno, que nace en 1997, de la fusión de Uniport Bilbao, la Comunidad Portuaria de Bilbao y asociaciones involucradas respectivamente en la promoción y en la mejora de la competitividad del Puerto de Bilbao. Una de las medidas que se tomó fue la creación en enero de 2006 de la Mesa de Trabajo "Estructura empresarial, tecnología e infraestructuras" para, mediante el diálogo y la negociación, resolver la "problemática existente" en dicho sector (folios 265 y 270a 272, 2174 y 2175, 2649 y 2650 y 2891 a 2903). Así, en el primer acta de esta mesa, acta N° 1/06 del 27 de enero de 2006 (actas públicas), "el comisionado señala la importancia del momento ya que supone la elección del diálogo y la negociación como instrumento idóneo para resolver la problemática del sector del Transporte terrestre vinculado al Puerto de Bilbao" (folios 2174 a 2176)."

Respecto de los hechos declarados probados en la Resolución impugnada, que la Sala admite, y resultan del expediente; y que no han sido negados por la recurrente, pues, como veremos, en la demanda lo que se contiene es una diferente interpretación jurídica de los mismos; hemos de destacar:

"Teniendo en cuenta las conductas analizadas y sancionadas por el extinto TDC en su Resolución de 19 de diciembre de 2001, la Dirección de Investigación ha centrado el análisis en las conductas llevadas a cabo por SINTRABI y las comercializadoras a partir del año 2002, sin perjuicio de que las mismas hayan comenzado con anterioridad.

Los hechos probados que a continuación se detallan proceden de las siguientes fuentes:

- Actas de las Juntas Directivas de SINTRABI y de las mesas o comisiones formadas para distintas modalidades de carga, del año 2002 al 2005 (folios 1378 a 1412). Estas actas fueron incautadas por la Unidad de Investigación Criminal y Policía Judicial de la Ertzaintza durante las inspecciones realizadas en septiembre de 2006, y están contenidas en la documentación aportada por la Audiencia Nacional. Asimismo SINTRABI aportó los miembros de la Junta Directiva desde el año 2002 al 2009 (folio 3142 a 3149) y las actas de las Asambleas Generales de los años 2005 y 2006, las únicas, según su escrito, en su poder en ese momento (folio 3130 a 3141). Sin embargo en la instrucción del expediente se ha tenido conocimiento de otra Asamblea de SINTRABI que tuvo lugar el 5 de mayo de 2007 (Acta del día 24 de mayo de 2007 del Consejo de Administración de la APB, folio 2756). Asimismo en el escrito de SINTRABI de noviembre de 2008 al Servicio Vasco de Competencia adjuntaba la relación de afiliados con sello de enero de 2008 (folios 2011 y 2019).
- Documentación incautada en las sedes de SINTRABI, TRANSMETA, CB DIRECCION000 y BIDETRANS por la Unidad de Investigación Criminal y Policía Judicial de la Ertzaintza durante las inspecciones realizadas en septiembre de 2006.
- Informes de la Unidad de Investigación Criminal y Policía Judicial de la Ertzaintza sobre el resultado de la documentación incautada en los ordenadores confiscados durante las inspecciones realizadas en septiembre de 2006.
- Conversaciones telefónicas intervenidas por la Unidad de Investigación Criminal y Policía Judicial de la Ertzaintza durante las inspecciones realizadas en septiembre de 2006.
- Declaración del representante de TRANSMETA ante el Juzgado Central de Instrucción N°6 de la Audiencia Nacional el 1 de octubre de 2006.
- Declaración de representante de SINTRABI ante el Juzgado Central de Instrucción N°6 de la Audiencia Nacional el 1 de octubre de 2006.
- Declaraciones del presidente de la APB a la Unidad de Investigación Criminal y Policía Judicial de la Ertzaintza del Departamento de Interior del País Vasco.
- Informes de la Policía portuaria del Puerto de Bilbao de 28 de abril de 2006.
- Declaraciones del Comisionado para la Competitividad del puerto, en septiembre de 2005, ante la Unidad de Investigación Criminal y Policía Judicial de la Ertzaintza del Departamento de Interior del País Vasco.
- Respuestas a los requerimientos de Información de la Dirección de Investigación.

Y las conductas probadas a raíz de estas fuentes se pueden agrupar como sigue: (en el cuadro anexo al presente epígrafe se ordena, citando los folios, las correspondientes pruebas que acredita cada conducta)."

Y siguen los hechos probados:

"Periodo 2002-2006

III.1.1. Constitución de mesas o comisiones específicas por tipo de carga

SINTRABI organizaba el transporte de mercancías en el Puerto de Bilbao a través de distintas mesas sectoriales o comisiones, según los productos transportados. En la década de los 90, SINTRABI creó la Mesa de contenedores para controlar el transporte de contenedores que entra y sale del Puerto de Bilbao. Con posterioridad creó la Mesa de carga general, después la Mesa de basculantes y la de mercancías peligrosas (o cisternas) y, por último, la de áridos (folio 1371). En estas mesas o comisiones se reunían, periódicamente en los locales de SINTRABI, SINTRABI y representantes de las comercializadoras, sin que estuviera representado ningún cliente. Según la periodicidad de las actas que forman parte del expediente (f 4472-4490), declaraciones del Presidente de la APB, y documentación incautada en la sede de Bidetrans, estas mesas se reunían semanalmente los lunes.

III.1.2. Contingentación

En cada una de estas mesas, que funcionaban bajo el control de SINTRABI, se limitaba el número de camiones que podían acceder al Puerto de Bilbao (contingentación). De forma que, aunque legalmente no existe ningún requisito adicional para operar en el área de contenedores y no es necesaria ninguna licencia, en la práctica sólo accedían quienes habían sido autorizados por los sindicatos.

Para ello se utilizaban los llamados "números, plazas o licencias" (creados por las mismas mesas) que daban "derecho" a acceder al puerto de Bilbao para llevar carga y retirarla. No obstante, en las declaraciones de distintos implicados en la problemática del Puerto de Bilbao se hace hincapié en que la contingentación es estricta para la carga, mientras que en la descarga hay más libertad....

Esta contingentación se llevaba a cabo para transportes con una distancia menor de 200 km, aunque constan acreditadas alusiones a ampliarla en algún caso a más de 200 km.

Estos números se adjudicaban bien a los transportistas autónomos que trabajaban para una determinada comercializadora o bien directamente a la comercializadora, y su traspaso se hacía previo pago de una cantidad económica, pero bajo la supervisión y autorización de la mesa correspondiente y de los altos cargos de SINTRABI.

Las transacciones de compra-venta de las "plazas" o "licencias" se reflejan en las actas redactadas en cada una de las reuniones de las mesas de transporte (recopiladas en el anexo 1). En ellas también se constata que cuando un transportista autónomo adquiría una plaza, en la mayoría de los casos, ésta iba ligada a trabajar para una determinada comercializadora. Asimismo hay llamadas de teléfono, dentro de las llamadas intervenidas para la instrucción de las diligencias previas 2363/05 del Juzgado de Instrucción Nº1 de Baracaldo (ver anexo 2), en las que se pone de manifiesto cómo las comercializadoras, en concreto, Bidetrans S.L., eran partícipes de la compra y venta de plazas, dando su autorización para la compra de plazas ligadas a otras comercializadoras.

III.1.3. Vigilancia, control de acceso a las instalaciones portuarias

Para garantizar que sólo entraban los camiones con plaza, éstos llevaban un número identificativo en la cabina del camión que les habilitaba para realizar el transporte. Cada mesa tenía sus propios "vigilantes" (en una de las conversaciones intervenidas se menciona la existencia de un total de siete vigilantes), que eran miembros de SINTRABI, siendo [...], Secretario General de SINTRABI, el responsable de todos ellos. Estos vigilantes controlaban los camiones que entraban en el Puerto, de tal forma que si un camión "sin número" quería entrar se le paraba. En este sentido, diversas empresas presentaron quejas y denuncias relativas a presuntos daños y amenazas que habrían sufrido los transportistas individuales que pretendían cargar en el Puerto de Bilbao.

Para el mantenimiento de estos "números" los transportistas debían pagar una cuota a la mesa correspondiente, al margen de la cuota sindical, destinada al pago de los vigilantes, siendo en muchos casos la propia comercializadora la que se encargaba de realizar el descuento al transportista para el pago de dicha cuota. Asimismo, si dejaban de pagar a la mesa correspondiente dicha cuota, se les paraban los camiones impidiendo que cargaran.

Para gestionar el cobro de estas cuotas SINTRABI contaba con varias cuentas perfectamente identificadas por mesas o comisiones como: "Sintrabi mercancías peligrosas", "Sintrabi comisión de carga general", "Sintrabi comisión de contenedores" y "Sintrabi comisión de basculantes".

La cuenta de mercancías peligrosas tuvo movimientos desde enero de 2000 hasta marzo de 2006. Se trata de una cuenta utilizada para recibir abonos de dinero procedentes de particulares y empresas de transporte y destaca que, si bien en los años 2000 y 2001 la actividad de esta cuenta era grande, a partir del 2002 fue una cuenta con escasos movimientos.

La cuenta de comisión de carga general tuvo movimientos desde enero de 2002 hasta febrero de 2006 y en ella se hacían efectivos pagos de diferentes empresas de transporte. Entre ellas el informe de la Ertzaintza destaca a Cecotrans Biz, C.B. DIRECCION000 ., Transmeta, Vinatrans, Bidetrans, Urkiolabi S.L. y Bizkaitrans S.L. Además, el

informe destaca en particular dos abonos de remesas por los servicios prestados: uno con fecha 5 de noviembre de 2005 que son pagos de Transmeta S.L., Vinatrans Bizkaia S.L., Transportes Castillo-Aurrea S.A.L., Transportes Astra SCL y otra entidad sin identificar, y otro del 10 de noviembre de 2005 que fue la suma de tres cheques emitidos por las sociedades de transporte Urkiolabi S.L., Bidetrans S.L. y Bizkaitrans S.L.

Los movimientos de la cuenta de comisión de contenedores se realizaron desde enero de 2000 hasta febrero de 2002, cuando fue cancelada y la cuenta de comisión basculantes tuvo movimientos desde el año 2000 hasta marzo 2003, fecha en la que fue también cancelada.

SINTRABI tenía, además, una cuenta en otra entidad donde, desde el 11 de mayo de 2000 hasta marzo del 2006, se hicieron ingresos en concepto de "Ingreso efecto plaza" (folio 591).

Asimismo, como se refleja en las actas ya mencionadas y recopiladas en el anexo 1, las empresas de transporte tenían la obligación de acudir a las reuniones de la mesa correspondiente y si dejaban de acudir se les sancionaba sin poder ceder los números durante un determinado periodo.

III.1.4.Reparto de clientes

A partir del año 2001 las mencionadas mesas de transporte (Mesa de contenedores, Mesa de carga general, Mesa de basculantes, Mesa de mercancías Peligrosas [o cisternas] y Mesa de áridos), en las que participaban SINTRABI y las comercializadoras, sofisticaron el sistema fijando el porcentaje de carga de cada cliente que correspondía a cada comercializadora e imponiendo a cada cliente la comercializadora con la que tenía que trabajar mediante los llamados "acuerdos", que se reflejaban en un documento al que en las conversaciones telefónicas se referían como "libro del puerto". Estos acuerdos, una vez aprobados en la mesa de transporte correspondiente, eran impuestos a los clientes (tanto empresas consignatarias como clientes finales), que no tenían libertad para contratar el transporte con la empresa comercializadora que quisieran.

Si los clientes no respetaban los acuerdos de reparto de cargas impuestos en las mesas del transporte se les sancionaba dejándoles sin servicio. Asimismo, también se pone de manifiesto que cuando alguna de las comercializadoras se salía de los acuerdos alcanzados en las mesas o incumplía las normas establecidas en ellas recibía amenazas o castigos, bien parándola, bien bloqueándole las plazas que poseía. También, como se refleja en las actas ya mencionadas y recopiladas en el anexo 4, se castigó en algún caso a empresas consignatarias y estibadoras (Terminales Marítimas de Bilbao S.L. [TMB] y Abra Terminales Marítimas S.A. [ATM]) por sus declaraciones a la prensa o por incumplir los acuerdos alcanzados en las mesas y en alguna ocasión se llegó a acordar bloquear el Puerto de Bilbao por declaraciones de su Presidente en contra del sistema de transporte imperante en dicho Puerto.

Como muestra del reparto de clientes cabe destacar el documento de Transmeta titulado "Reunión de Transportistas Urkiolabi, Euskaltrans y Transmeta" (folios 1311 a 1314). Hace referencia a la situación creada tras el abandono de la comisión de transportistas por parte de la cooperativa Cecotransbiz en febrero de 2004 y renuncia de "los acuerdos pactados por todos". Menciona dicho documento que "Pasados unos meses teníamos sospechas que Cotrascon actuaba en clientes que no tenía ningún porcentaje" y que, ante esto, los comerciales de las empresas afectadas se pusieron en contacto con Cotrascon para comunicarle que "estaba vulnerando los acuerdos pactados y que cesara la actividad en esos clientes". Cotrascon siguió con la misma actitud y "decidimos ponerlo en manos de la comisión de transportistas, la cual toma cartas en el asunto, se pone en contacto con los clientes y se les comunica que tienen que cesar la actividad con ese transportista y retomarla con los transportistas autorizados". Pero continúan los problemas: "pasado un mes nos encontramos que dichos clientes tienen un interés desmesurado en que Cotrascon les siga operando...". Además, tanto clientes como Cotrascon elaboraron un documento que llegó a manos del Gobierno Vasco y en el que decían que "C.B DIRECCION000 , Bidetrans, Vinatrans y Transmeta les dan un servicio pésimo" y "que nadie les va a imponer un transportista". Entonces, las empresas de transportes convocaron la "mesa de la conflictividad" para que se llamase la atención a dichos clientes porque implicaban a las empresas y al sindicato ante el Gobierno vasco y en la reunión de dicha mesa "queda muy claro por parte de los consignatarios, por parte de la Comisión y por parte de SINTRABI, que en beneficio de todos hay que seguir manteniendo los pactos hasta que se encuentren fórmulas mejores para todas las partes y en las cuales se lleva trabajando todo el año 2004". Después continúan los conflictos con Cotrascon, ya que exigía ante la "Comisión de los transportistas" más porcentajes, pero la Comisión concluyó que "los porcentajes que tiene imputados a los clientes son los que son" y se solicitó una nueva reunión a "las empresas con comisionados para intentar que Cotrascon entienda los acuerdos". Finalmente Cotrascon fue expulsado por no acudir a una reunión de la comisión. En esa misma reunión "se decide que a partir del día 15 a "Tucabi" no se le presten servicios".

III.1.5.Fijación de precios y otras condiciones comerciales

En las mesas o comisiones de transporte (contenedores, carga general, basculantes, mercancías peligrosas y áridos) también se controlaban los precios, de tal forma que se fijaban las tarifas aplicables a los clientes finales y otras condiciones comerciales, como los plazos de cobro.

Estos precios, de obligado cumplimiento, serían muy superiores a los precios de mercado y encarecerían la factura del transporte.

Asimismo, en las reuniones de las distintas mesas de transporte se acordaba sancionar a clientes sin servicio en caso de incumplimiento de pagos. SINTRABI también intervenía cuando alguna de las comercializadoras afines al sindicato aplicaba precios inferiores a los acordados, exigiéndoles pagar la diferencia de tarifa a los autónomos contratados.

Los precios pactados, siempre bajo la supervisión final de SINTRABI, los publicaba dicho sindicato en los llamados tarifarios, donde se recogían todos los precios por tipo de transporte, cliente, destino u origen y distancias (en función de la población) y se establecían unas "cláusulas sobre pluses, extras y aplicación de tarifas". Además, en estos tarifarios se fijaban también otras condiciones comerciales, como los descuentos máximos (tanto el que aplica la empresa transportista a la consignataria como el de la factura del transportista), plazos para el pago de facturas, cobros por paralizaciones de los vehículos por tardanza de carga o descarga y la festividad del día 10 de julio (San Cristóbal).

Los precios publicados en los tarifarios son los que aplicaban las empresas de transporte o comercializadoras a sus clientes.

En este sentido, cabe destacar que en el registro realizado por la Unidad de Investigación Criminal y Policía Judicial del Departamento de Interior del Gobierno vasco en septiembre de 2007 de la sedes de SINTRABI y de las comercializadoras C.B. DIRECCION000 y Bidetrans se encontraron los mismos listados de precios agrupados por años en documentos llamados "tarifarios", y con idénticos formatos para los distintos años.

En efecto, en la sede de la comercializadora C.B. DIRECCION000 se hallaron listados con los precios del transporte de los años 2002 a 2006: Tarifario 2002 (tarifas de contenedores, carga general, basculantes, áridos y mercancías peligrosas) (folios 986 a 1049), Tarifario 2003 (Tarifas de contenedores y carga general) (folios 966 a 984), Tarifario 2004 (Tarifas de contenedores) (folios 1043 a 1081), Tarifario 2005 (Tarifas de contenedores, carga general, basculantes, áridos y mercancías peligrosas) (folios 891 a 925) y Tarifario 2006 (Tarifas de contenedores) (folios 851 a 890 y 1082 a 1108). El informe de la Unidad de Investigación Criminal y Policía Judicial destaca que realizando un cotejo de esos precios con los que aparecen en los tarifarios del sindicato SINTRABI "se observa que CB DIRECCION000 aplica los mismos precios al igual que el resto de comercializadoras afines a Sintrabi" (folio 845).

Asimismo, en la sede de la comercializadora Bidetrans se hallaron listados con los precios del transporte de los años 2002 a 2004: Tarifario 2002 (Tarifas de contenedores, carga general, basculantes, áridos y mercancías peligrosas), que coinciden con las encontradas en C.B. DIRECCION000 (folios 1186 a 1231); Tarifario 2003 (Tarifas de contenedores, carga general, basculantes, áridos y mercancías peligrosas) (folios 1233 a 1257) y Tarifario 2004 (Tarifas de contenedores [idénticas a las encontradas en C.B. DIRECCION000], carga general, basculantes, áridos y mercancías peligrosas) (folios 1155 a 1184). Señala el informe de la Unidad de Investigación Criminal y Policía Judicial que estos tres tarifarios son los mismos que emplean el resto de comercializadoras (folio 937).

En la sede de SINTRABI se hallaron documentos en los que figuran los precios del transporte de los años 2003, 2005 y 2006 en dos tarifarios: Tarifario 2003 (Tarifas de contenedores, carga general, basculantes y mercancías peligrosas) (folios 1686 a 1710), que es idéntico al encontrado en las comercializadoras C.B. y Transmeta; y Tarifario 2006 (Tarifas de contenedores [dentro de este apartado aparecen las tarifas del año 2005 que son las mismas que se encontraron en el tarifario de 2005 de C.B. DIRECCION000 .] y tarifas 2006 de carga general, basculantes, áridos, mercancías peligrosas) (folios 1375 y 1641 a 1672).

Además, en el informe de la División de Policía de lo Criminal de la Ertzaintza (atestado nº NUM000), del 2 de septiembre de 2005, se incluía como anexo un documento titulado "Tarifario 2005" donde se recogen los precios para el año 2005 en el transporte de contenedores, carga general, basculantes, mercancías peligrosas y áridos, similar al hallado en los registros de las sedes de SINTRABI y de las comercializadoras (folios 129 a 164).

III.1.6. Otras evidencias

Obran en el expediente diversos documentos correspondientes al período 2002-2006 que confirman las conductas descritas en los puntos anteriores:

- Documento del 27 de mayo de 2004 titulado "El transporte por carretera de contenedores y mercancía general convencional en el Puerto de Bilbao", obtenido por la Unidad de Investigación Criminal y Policía Judicial del



Departamento de Interior del Gobierno Vasco en el domicilio de una persona de la empresa consignataria TMB, en septiembre de 2006, donde se analiza el transporte por carretera en el Puerto de Bilbao desde los años 80 hasta ese momento y la pérdida de competitividad de dicho puerto (folios 1360 a 1367). Al hablar de la situación del puerto en ese momento señala:

"los transportistas autónomos están organizados en SINTRABI, una agrupación de carácter sindical y en lo que se llama la Comisión. Existe una comisión de transportistas por especialidad de transporte: contenedores, convencional y siderúrgicos, volquetes, cisternas, etc. La Comisión está compuesta por dos transportistas adscritos a cada empresa comercializadora con independencia del número de camiones que haya en cada una de ellas.

SINTRABI cumple el objetivo de representación institucional del colectivo y se encarga de la vigilancia férrea del mantenimiento del puesto de trabajo y del control de los precios y condiciones del transporte de acuerdo con las decisiones adoptadas por La Comisión.

Este sistema de control del transporte por carretera impide la libre contratación del proveedor e impone una rigidez casi absoluta en los precios del transporte.

Con este escenario y mejora de las comunicaciones terrestres en la Comunidad Autónoma y en el resto del Estado, la competencia alternativa al Puerto de Bilbao (otros puertos y modos de transporte) ha mejorado sensiblemente su oferta, lo que ha resultado en la pérdida continua de cuota de mercado y de área de influencia del Puerto de Bilbao."

- Informe-acta del 17 de marzo de 2005, elaborado por la Dirección de Servicios del Departamento de Transporte y Obras Públicas del Gobierno Vasco, que acompaña a la denuncia de la Vicepresidenta de Gobierno Vasco a la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Bizkaia (ver párrafos 2 a 8, Diligencias previas 62/98 del juzgado Central Nº 6), en el que se afirma que dicho Departamento es consciente de la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia en la prestación de los servicios de transporte en el Puerto de Bilbao (folios 186 a 194). Según dicho informe, el Departamento de Transportes y Obras Públicas ya era consciente de la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia en la prestación de los servicios de transporte en el Puerto de Bilbao, pero fue a raíz de la constitución de la denominada Mesa por la Competitividad del Puerto de Bilbao cuando pudo profundizar en su conocimiento. En su opinión, tras la Resolución del expediente NUM001 del año 2001 del extinto TDC, la situación no se ha modificado (folios 199 a 260).

- Informe de la División de Policía de lo Criminal de la Ertzaintza (atestado nº NUM000) del 2 de septiembre de 2005 (folios 106 a 164). Este informe fue elaborado a petición de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco con el objetivo de conocer cómo se desarrollaba y regulaba el transporte terrestre de mercancías. En él se concluía que, a modo de "convenio colectivo", los transportistas de SINTRABI negociaban directamente con las empresas comercializadoras en las distintas mesas creadas, fijaban tarifas y establecían qué empresa comercializadora iba a operar con cada consignataria, teniendo que aceptar éstas la comercializadora y el transportista que le impusieran.

Asimismo, se afirmaba que para facilitar el control exhaustivo de los vehículos con "derecho" a acceder al recinto portuario se establecía un número identificativo que el transportista debía colocar en un lugar visible de la cabina. Este número era otorgado al profesional del transporte previo pago de una cuota mensual de unos 18 euros.

Para el mantenimiento de esta situación SINTRABI creaba unos "liberados" que realizaban las funciones de vigilancia en el recinto portuario para que se cumplieran los acuerdos establecidos, empleando para ello la intimidación y amenazas, llegando incluso a la agresión.

Señala como conclusión el informe que, a raíz de los datos obtenidos, se venía a confirmar lo que ya se expresó en la Resolución del TDC: "se ha organizado un cártel camionero que impide la libre competencia en el sector y compromete la decisión de los potenciales demandantes de tales servicios, limitados coactivamente a la hora de decidir qué transportista ofrece las mejores condiciones de contratación" (folio 120)."

Y se añade:

"II.2.A partir de 2007

Constan en el expediente algunos documentos y declaraciones que ponen de manifiesto que la situación en el Puerto de Bilbao habría continuado tal y como se ha descrito en el apartado anterior III.1:..."

Como correctamente se afirma en la Resolución objeto de autos, la conducta imputada como infracción de la legislación nacional de Defensa de la Competencia, se ha extendido desde enero del año 2002 hasta, al menos, el año 2006 incluido. La vigencia de la Ley 16/1989, de 18 de julio, de Defensa de la Competencia se mantuvo hasta el 1 de septiembre de 2007, momento en que queda derogada por la entrada en vigor de la nueva norma,



la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. La conducta acontece, por ello, durante la vigencia de la ley 16/1989, y ésta será la legislación aplicable en materia sustantiva.

En la fundamentación jurídica de la Resolución de la CNC, podemos leer:

"Se trata además de una conducta desarrollada en una infraestructura portuaria básica para el desarrollo de los intercambios comerciales internacionales, por lo que la afectación al comercio intracomunitario es evidente, tanto en la fase de clientes como de proveedores. Esta conducta cerraba el acceso al puerto a transportistas no pertenecientes a SINTRABI, por lo que ese cierre podía afectar tanto a otros transportistas nacionales como de otros Estados Miembros. Respecto a las empresas productoras de bienes de otros Estados Miembros la existencia del cártel les impedía la libre elección de la empresa transportista que le prestase el servicio y, por supuesto, la negociación de los precios del servicio. Resulta de todo ello la existencia de una clara afectación del comercio intracomunitario y por tanto es de aplicación el artículo 101 TFUE .

La conducta infractora habría consistido en establecer acuerdos por los cuales se controlaba el mercado del transporte terrestre en el Puerto de Bilbao limitando el número de camiones que podían acceder para cargar y descargar, repartiendo los clientes entre las empresas de transporte de mercancías y fijando precios y otras condiciones comerciales. Dichos acuerdos se habrían estado aplicando desde 2002 hasta 2006, ambos incluidos."

CUARTO : La cuestión que ha de determinarse es si la recurrente ha incurrido en hechos constitutivos de una infracción muy grave del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE .

Hemos de recordar los siguientes planteamientos generales:

1) En cuanto a la sujeción de una organización empresarial a la Ley 16/1989, esta Sala reiteradamente ha declarado A) que el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio dispone: " Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, y en particular los que consistan en...", B) que el artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... Multas de hasta 150.000.000 pesetas (901.518 euros), cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas...". E igualmente hemos señalado que el primero de los preceptos citados resulta: a) La actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia. b) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. c) La conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado delimitado.

En relación al segundo de los preceptos citados, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causararlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

La recurrente articula su defensa sobre las siguientes alegaciones: a) indefensión al no haber podido acceder al expediente completo, b) prescripción de la infracción por aplicación del artículo 12 de la Ley 16/1989 , c) aplicación del artículo 1 de la Ley 16/1989 , d) presunción de inocencia, y e) proporcionalidad de la sanción.

Respecto a la cuestión relativa a la indefensión, esta Sala se ha pronunciado en otros supuestos muy semejantes al actual. Así, en nuestra sentencia de 17 de junio de 2013, recurso 673/2011 , decíamos:

"En cuanto a la falta de conocimiento de los datos confidenciales contenidos en la denuncia, hemos de recordar la doctrina jurisprudencial respecto de la admisión de pruebas, pues la ratio es la misma, se trata de aportar elementos fácticos al expediente:

"El presunto responsable de una infracción administrativa tiene derecho a utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes, y la Administración debe practicar cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades, siendo adecuadas las pruebas que están dirigidas a la determinación, comprobación y establecimiento de los hechos que han motivado la investigación y la incoación del expediente sancionador.

La jurisprudencia considera que la apreciación de tal adecuación corresponde al órgano instructor, (STS de 4 de marzo de 1997 y SS de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2008 y 2 de julio de 2009), que debe motivar adecuadamente su denegación, ya que la ausencia de motivación podría ser causa de nulidad por vulnerar el art. 24 de la CE , pero sólo si generara indefensión. Así se ha manifestado el Tribunal Constitucional (sentencia 79/2002), para quien no basta la ausencia de motivación o una interpretación arbitraria sobre la adecuación de la prueba, sino que es preciso que la ausencia de prueba se haya traducido en una efectiva indefensión.

La estimación de la nulidad precisa que se acredite que la resolución pudiera haber sido otra si la prueba se hubiese admitido o si admitida se hubiera practicado. En resumen y tal y como expone el Tribunal Constitucional en sentencia más reciente (STC 258/2007, de 18 de diciembre), para considerar si ha existido o no indefensión deberá verificarse "si la prueba es decisiva en términos de defensa". (Sentencia cuatro de noviembre de dos mil diez, recurso 3/2009, de esta Sección).

Concretamente respecto de la confidencialidad, "la Sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 17 de diciembre de 1991 , recaída en el asunto Hércules Chemicals, a tenor de la cual, "el respeto del derecho de defensa no exige que la empresa implicada en un procedimiento pueda comentar todos los documentos que formen parte del expediente de la Comisión, puesto que no hay disposiciones que impongan a la Comisión la obligación de comunicar sus expedientes a las partes interesadas (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, asuntos acumulados 43/82 , apartado 25)

En síntesis, la adecuada ponderación entre el derecho a la defensa y el respeto a la confidencialidad, tácita o expresa, de determinados extremos obrantes en el expediente, exige un esfuerzo analítico de las razones por las que se considera pertinente la aportación de documentos de conocimiento limitado, coherente con el principio, de raigambre anglosajona, a tenor del cual el acceso debe ampararse en la llamada "need to know", necesidad que debe justificarse, en este caso concreto, por referencia a cada uno de los documentos solicitados". (Sentencia del TS de ocho de Junio de dos mil once, recurso 2385/2007).

Aplicando tal doctrina al supuesto de autos no podemos apreciar indefensión porque todos los elementos fácticos en los que se fundamenta la declaración de infracción y la sanción, han sido conocidos por la recurrente, y sin que concrete la forma en que la confidencialidad le ha causado indefensión material."

Este planteamiento es igualmente aplicable al presente caso, por lo que no puede apreciarse indefensión ya que la recurrente ha conocido todos los hechos imputados, así como la base documental de los mismos. Esto es, la imputación se ha realizado en base a los documentos conocidos por la actora.

Esta doctrina es reiterada, en nuestra sentencia de 29 de mayo de 2013, recurso 715/2011 , en la que afirmábamos:

"Alega a continuación la recurrente que ha tenido lugar la vulneración del derecho de defensa en su vertiente de derecho de acceso a un expediente completo, y ello porque habría tenido lugar la "denegación encubierta de acceso a los documentos y pruebas de los que la CNC tuvo conocimiento durante la instrucción del procedimiento y los cuales no fueron incorporados al expediente" (ni tan siquiera como pieza confidencial del mismo).

Tales documentos serían:

- 1-. La DI habría mantenido contactos con el denunciante en el curso de los cuales se habría producido un intercambio de comunicaciones e información, que no han sido incorporadas al expediente más que parcialmente.
- 2-. La DI recabó un gran número de información durante una inspección domiciliaria que no dio a conocer a la actora y que procedió a devolver sin enseñársela a la recurrente.

La recurrente cita en apoyo de su tesis la sentencia de 25 de octubre de 2011 dictada por el TJUE en el asunto Solvay- Comisión .

En dicha sentencia se estableció:

"El respeto del derecho de defensa en un procedimiento tramitado ante la Comisión con el objeto de imponer una multa a una empresa por infringir las normas de defensa de la competencia exige que la empresa interesada haya podido exponer de modo útil su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y las circunstancias alegados y sobre los documentos que la Comisión tuvo en cuenta para fundamentar su alegación de la existencia de una infracción al Tratado (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 66). El artículo 41, apartado 2, letras a) y b), de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea concreta el contenido de este derecho.



54 Tal como recordó acertadamente el Tribunal General en el apartado 405 de la sentencia recurrida, el derecho de acceso al expediente implica que la Comisión debe dar a la empresa afectada la posibilidad de examinar todos los documentos incluidos en el expediente de la instrucción que puedan ser pertinentes para su defensa. Estos documentos comprenden tanto las pruebas de cargo como las de descargo, con excepción de los secretos comerciales de otras empresas, de los documentos internos de la Comisión y de otras informaciones confidenciales (sentencias, antes citadas, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, apartado 315, y Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 68).

55 La vulneración del derecho de acceso al expediente durante el procedimiento previo a la adopción de la Decisión puede dar lugar, en principio, a la anulación de dicha Decisión cuando se haya vulnerado el derecho de defensa (sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, antes citada, apartado 317).

56 En tal supuesto, la violación producida no queda subsanada por el mero hecho de que el acceso haya sido posible durante el procedimiento jurisdiccional (sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, antes citada, apartado 318). En efecto, al limitarse a un control jurisdiccional de los motivos invocados, el examen del Tribunal General no tiene por objeto ni por efecto reemplazar la instrucción completa del asunto en el marco de un procedimiento administrativo. Por otra parte, el conocimiento tardío de determinados documentos del expediente no coloca a la empresa que ha interpuesto un recurso contra una decisión de la Comisión en la situación en la que se habría encontrado si hubiera podido basarse en esos mismos documentos para presentar sus observaciones escritas y orales ante dicha institución (véase la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 103 y jurisprudencia citada).

57 Cuando el acceso al expediente, y más concretamente a las pruebas de descargo, se obtiene en la fase del procedimiento judicial, la empresa de que se trate no debe demostrar que, si hubiera tenido acceso a los documentos no comunicados, la decisión de la Comisión habría tenido un contenido diferente, sino únicamente que dichos documentos hubieran resultado útiles para su defensa (sentencias de 2 de octubre de 2003, Corus UK/Comisión, C-199/99 P, Rec. p. I-11177, apartado 128; Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, antes citada, apartado 318, y Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 131).

....."

En aquel supuesto se había producido el extravío de determinados subexpedientes, y no había tenido acceso la empresa a datos relativos a las cuotas de mercado. El TJUE consideró erróneo que el TGUE impusiera a la empresa el deber de precisar los argumentos que hubiera podido invocar en caso de haber tenido a su disposición dichos expedientes que no pudo consultar.

La situación en autos es radicalmente diferente: no ha tenido acceso la actora a documentos que no forman ni han formado parte del expediente, que no han sido tenidos en cuenta para establecer los hechos que la CNC considera constitutivos de la infracción, y respecto de los cuales no existe indicio alguno que permita suponer que contienen elementos exculpatorios. El propio TJUE recuerda en esta sentencia que "una vulneración del derecho de defensa debe ser examinada en función de las circunstancias específicas de cada caso concreto (apartado 66)."

Si entonces la Comisión Europea no facilitó a la demandante todos los documentos que figuraban en su expediente y en particular las pruebas de descargo, en este caso, la actora dice que no le cabe duda de que la CNC obtuvo del denunciante información que motivó la apertura de información reservada, que a su vez motivó la apertura del expediente, y que "incluso las comunicaciones con el denunciante destinadas a preparar una denuncia -muy parca en cuanto a motivos- pueden contener elementos de descargo o elementos que sirvan para valorar, por ejemplo, la credibilidad del denunciante".

El derecho de acceso lo es al expediente, y los documentos a los que hace referencia la actora no forman parte del expediente; la empresa interesada ha podido exponer de modo útil su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y las circunstancias alegados y sobre los documentos que la CNC tuvo en cuenta para fundamentar su resolución. La CNC dio a la recurrente acceso a todos los documentos incluidos en el expediente excepto los relativos a secretos comerciales de las empresas y otros documentos declarados confidenciales por contener datos pertenecientes a la actividad económica de los competidores.

Debe en consecuencia desestimarse este motivo de recurso."

Respecto de la prescripción, el artículo 12 de la Ley 16/1989, dispone:

"1. Prescribirán:

A los cuatro años, las infracciones previstas en este texto legal. El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiera cometido la infracción.

A los cuatro años, las sanciones.

2. La prescripción se interrumpe por cualquier acto del Tribunal o del Servicio de Defensa de la Competencia, con conocimiento formal del interesado, tendente a la investigación, instrucción o persecución de la infracción.
3. La prescripción también se interrumpe por los actos realizados por los interesados al objeto de asegurar, cumplimentar o ejecutar los acuerdos sancionadores."

La conducta imputada es única y continuada. El recurrente afirma que la misma terminó, respecto de ella, en 2005, por las siguientes razones: las sumas ingresadas en su cuenta en enero y marzo de 2006 no se vinculan a los hechos y las tarifas publicadas en 2006 se elaboraron en 2005. Al margen de que existen elementos de los que resulta que el comportamiento infractor continuó aún después de 2007, es de señalar que los ingresos en 2006 se insertan en un conjunto de ingresos directamente conectados con el comportamiento imputado. Y también es de considerar que la vulneración de la libre competencia no se produce sólo con la elaboración de las tarifas, sino que se prolonga mientras las mismas sigan vigentes, y ello, es indudable que ocurrió durante 2006. No podemos acoger la alegación de que la conducta concluyó en 2005, y por tal razón, tampoco podemos apreciar que la infracción estaba prescrita al tiempo de la incoación del expediente sancionador.

QUINTO: En cuanto a la calificación de la conducta, se afirma por la CNC:

"Todo lo anterior no puede sino ser calificado como un cártel que actuaba en el puerto de Bilbao para controlar la carga y descarga de mercancías en un radio de al menos 200 km. Se reúnen en este caso diferentes elementos característicos de la figura del cártel y que aseguran su sostenibilidad: acuerdo de cierre de mercado; reparto de clientes; fijación de precios y otras condiciones comerciales; sistema de control y vigilancia para el cumplimiento de los acuerdos; y mecanismos de presión y retorsión para hacer cumplir dichos acuerdos. Esta es la única valoración que cabe realizar del relato de los hechos acreditados, valoración a la que han llegado igualmente otras instancias, como consta también acreditado en este expediente (epígrafe III.1.6 de los HA), al tener conocimiento de la situación del Puerto de Bilbao. En la inspección realizada en un domicilio relacionado con una empresa consignataria por la Unidad de Investigación Criminal y Policía Judicial del Departamento de Interior del Gobierno Vasco consta en un documento de 27 de mayo de 2004 que el relato de los hechos "impide la libre contratación del proveedor e impone una rigidez casi absoluta en los precios del transporte" y consecuentemente el Puerto de Bilbao ha perdido cuota de mercado. El Departamento de Transporte y Obras Públicas del Gobierno Vasco concluye igualmente en un informe de marzo de 2005 que ya eran conscientes de la existencia de prácticas anticompetitivas en el puerto de Bilbao, y que ello había sido corroborado tras la creación de la Mesa por la Competitividad del Puerto de Bilbao. Idéntica conclusión figura en el informe que en septiembre de 2005 elaboró la División de lo Criminal de la Ertzaintza."

La conducta es claramente subsumible en el artículo 1 de la Ley 16/1989, pues concurren en ella los elementos antes descritos, acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia y aptitud para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado delimitado.

Se afirma por la recurrente que no impuso el cumplimiento de los acuerdos, pero, en cualquier caso, articuló entre empresas competidoras tales acuerdos relativos a reparto de mercado y de clientes y fijación de precios y condiciones comerciales. El que se produjera un sobreesimiento respecto de las actuaciones seguidas en el Juzgado Central de Instrucción nº 6, no implica que un comportamiento que no pueda ser calificado de coactivo desde el punto de vista penal, no pueda suponer una vulneración a libre competencia, ya que los medios de imposición de los acuerdos, pueden no alcanzar la intensidad para constituir infracción penal, pero ser aptos para hacer efectivos acuerdos anticompetitivos.

De la testifical practicada, resulta que efectivamente se constituyeron las mesas en los términos recogidos en la Resolución impugnada, pero no es creíble que las mismas tuviesen como única finalidad el asesoramiento e intermediación, pues resulta probada la fijación de precios tarifarios, la existencia de elementos de identificación para el acceso al Puerto y, como consecuencia, un comportamiento coordinado entre competidores.

La falta de competencia de la recurrente para conceder licencia, no implica que no ordenase el acceso al Puerto y el reparto del mercado a través de un sistema denominado licencia. Tampoco se justifica este comportamiento con una finalidad de identificación del vehículo por la terminal, ya que tal mecanismo, es absolutamente innecesario.

En cuanto a las tarifas no dejan de ser una recomendación y acuerdo de precios por más que no sean de obligado cumplimiento.

Respecto a la presunción de inocencia, no debe olvidarse que el artículo 24 de la CE consagra una presunción iuris tantum, que ha de ser desvirtuada por la prueba práctica.

Respecto a la prueba de indicios, es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998\7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

Pues bien, todos los elementos fácticos señalados - existencia de mesas sectoriales no negadas, existencia de tarifas e identificación de vehículos para la entrada al puerto, unido a la participación de la recurrente en estos hechos -, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la actora en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan.

Además, en cuanto a los informes de la Autoridad Portuaria y de la Policía, no pueden calificarse de indicios o presunciones, pues tratándose de autoridades que informan sobre hechos de los que han tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones públicas, tienen la fuerza que les otorga tal carácter y constituyen prueba directa. Por otra parte, no sólo se basan los hechos imputados en tales informes, sino también en otros documentos, como las actas citadas en la Resolución.

El que exista un observatorio de costes de transportes por carretera (Ministerio de Fomento y Gobierno Vasco), no implica autorización para establecer tarifas por la recurrente, ni aún indicativas, ni puede considerarse generador de la existencia de confianza legítima por la actuación administrativa, pues tal observatorio, no implica que asociaciones de empresarios puedan fijar tarifas.

Tampoco el artículo 18 de la Ley 16/1987, en su redacción aplicable al momento de los hechos, puede generar legítima confianza en la actora, ya que ni en la más flexible de las interpretaciones del precepto, la referencia a "precios usuales o de mercado del lugar" puede amparar un acuerdo sobre precios. Una cosa es el precio usual que se genera espontáneamente, y otra muy distinta, es el precio que resulta como consecuencia de un acuerdo entre los prestadores del servicio.

Tampoco la necesidad de cubrir costes autoriza a un pacto sobre los mismos, pues cada operador, según la estructura de su empresa, cubrirá los costes aplicando los precios necesarios al efecto.

SEXO : Respecto de la sanción, la recurrente afirma que no se concretan suficientemente las bases de la misma y alega, en conclusiones, nuestra sentencia de 18 de julio de 2013 .

Ciertamente, esta Sala ha declarado reiteradamente, al estudiar los artículos 10 de la Ley 16/1898 y 63 de la Ley 15/2007, ha concluido que el límite del 10% es el máximo de la sanción que puede imponerse, y no, como se ha discutido, un umbral de nivelación que fija el máximo al que puede ascender la sanción, porque tal interpretación, implica necesariamente que la Ley no ha fijado la escala de sanciones, lo que sería contrario al principio de reserva legal establecido en el artículo 25 de la Constitución, en los términos examinados.

La única interpretación conforme a la Constitución, es admitir que el artículo 63 de la Ley 15/2007 - y antes el 10 de la Ley 16/1989 -, fijan una escala de sanciones y no tan sólo un umbral de nivelación que dejaría huérfana de regulación legal las sanciones aplicables.

También hemos afirmado que se plantean problemas de interpretación en el concepto "... volumen de ventas..." o "... volumen de negocios total..." : y ello, porque la empresa infractora puede realizar actividades económicas variadas, o, lo que es lo mismo, operar en distintos sectores económicos. Es necesario determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora.

Desde este punto de vista cabe entender que volumen de ventas o de negocios total, viene referido a la total actividad económica de la empresa infractora en todas sus ramas de actividad, o el volumen de negocios total en la rama de actividad en la que se ha producido la infracción.

Para determinar el sentido de la norma hemos atendido:

- a) la proporcionalidad: tomar las totales actividades de la empresa, aún aquellas ajenas al ámbito de la infracción, no es proporcional a la infracción reprimida,
- b) finalidad de la norma: consiste en la reprensión de las conductas contrarias a la libre competencia, en el ámbito donde se produzcan, y
- c) ámbito de la vulneración: el sector afectado por la conducta es el parámetro de protección de la libre competencia.

Todo ello nos lleva a concluir que el volumen de ventas o de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción.

Veamos ahora, los razonamientos contenidos en la Resolución impugnada sobre la cuantificación de la infracción:

"Para realizar dicha ponderación en el importe de la sanción, el Tribunal deberá tener en cuenta los criterios que la LDC establece en su artículo 10.2 LDC, entre ellos la dimensión del mercado afectado. Los hechos acreditan en el expediente que la conducta infractora contingenta el servicio de transporte de mercancías con origen y destino en el Puerto de Bilbao y en una distancia de 200 km. El Consejo valora como criterio para delimitar el mercado afectado en el presente caso que éste debe circunscribirse al transporte entre el puerto de Bilbao y un destino u origen de no más de 200 km, frente al mercado total en el que operan las empresas y los transportistas que sanciona esta Resolución.

El Consejo no ha tenido acceso a una información que precise una participación real de este mercado, por lo que ha procedido a buscar aproximaciones racionales que puedan ser aplicadas para obtener el tamaño de dicho mercado afectado. En la Resolución del TVDC de 20 de mayo de 2009 en el expediente NUM002, aparece el volumen medido en toneladas del transporte de mercancías por carretera en el País Vasco, y que el 46,4% de dicho transporte es interno y el restante interregional. Aceptando el supuesto de que el radio de transporte interno podría ser de 200 km, podríamos suponer que el 46% de la facturación de las empresas imputadas se corresponde con transporte inferior a 200 km, esto es lo que correspondería al mercado afectado.

Las empresas Bidetrasn, Transmeta y CB DIRECCION000 han aportado, a instancias del Consejo, el volumen de facturación en transporte por carretera de contenedores y de carga general en los años 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006....

En el caso de SINTRABI, su respuesta a los requerimientos de información realizados por el Consejo, sobre el número de afiliados y flota de camiones, fue que no dispone de esa información. El Consejo, con el objeto de obtener una estimación sobre el volumen afectado por la actuación de sus afiliados, se ha apoyado en dos variables: el número de afiliados, y el volumen de facturación medio de un camión por prestar servicios en un radio de 200 km del puerto de Bilbao. Para la primera de las variables, el número de afiliados, se dispone en el expediente de dos cifras realmente distanciadas. Por un lado el entonces tesorero de SINTRABI declaró (f 804) que el número de afiliados sería de 600, mientras que el listado de afiliados aportado en su día al Servicio Vasco de Defensa de la Competencia contabilizaría algo más de 3.300. El Consejo ha partido de la cifra de 600 afiliados para sus estimaciones por considerarla más coherente con asociaciones similares en otros expedientes analizados anteriormente. Respecto a la facturación media el Consejo dispone de las facturaciones anuales y número de camiones que las tres empresas imputadas aportaron en su respuesta al requerimiento de información recibido. Estos datos permiten obtener una media de facturación por camión de 100.959 € para las empresas transportistas, quienes a su vez contratan a los transportistas autónomos de SINTRABI, remunerándoles en base a dicha facturación media. Por ello dichas medias, corregidas según el porcentaje medio que cobra la empresa de transporte son una adecuada proxy a la facturación media que debían obtener dichos transportistas autónomos afiliados a SINTRABI. Si además aceptamos el supuesto de que el transporte realizado en un radio de 200 km sería el 46,4 % del total, obtenemos, teniendo en cuenta los cinco años de duración de la infracción, que el volumen del mercado afectado en ese periodo sería, para el conjunto de los 600 afiliados, de 66,5 millones de euros....

Límite máximo 10% volumen negocios

Como ya se ha citado, las multas han sido calculadas teniendo en cuenta el volumen de negocios afectado, es decir, el realizado solo en el ámbito de una distancia inferior a 200 km del Puerto de Bilbao, y considerando solo el transporte de contenedores y carga general. Se trata de una sanción que pretende, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, que el infractor no obtenga un beneficio ilícito de su infracción y que además resulte disuasoria.

La existencia de un límite máximo a la sanción tiene por objeto preservar la viabilidad financiera del negocio sancionado, y que el pago de la sanción no la ponga en riesgo. De ahí que la norma establezca distintos criterios para el cálculo de ambos conceptos: el importe de la sanción y su límite máximo. Mientras que para el cálculo de la sanción la norma nos dice que debe calcularse sobre el mercado afectado y que debe tenerse en cuenta la duración, a la hora de imponer el límite máximo del 10% la misma norma se refiere al último ejercicio económico previo a la resolución, y al volumen de negocios global de la empresa. Volumen de mercado afectado y volumen de negocios global de la empresa no tienen por qué coincidir, y menos aún si la infracción abarca más de un año. Atendiendo a todos estos elementos, antes de imponer una sanción definitiva el Consejo debe



velar por el respecto del citado máximo, como el 10% del volumen de negocios empresarial, sin que por ello deba ignorarse el resultado que implica una sanción disuasoria como la obtenida previamente. Por ello, ante la presencia de infracciones realizadas por sujetos miembros de un grupo empresarial, sin perjuicio del principio de responsabilidad personal de las sanciones, la viabilidad financiera que debe ser protegida será la de dicho grupo empresarial, pues solo así la sanción estará más cerca de dar cumplimiento al principio disuasorio y de proporcionalidad que rigen el cálculo de sanciones en base al daño causado, al beneficio ilícito obtenido y a los efectos de la infracción."

Resulta claro que la interpretación dada por la CNC al artículo 10 de la Ley 16/1989, no es el declarado por la Sala; pero hemos de comprobar si la aplicación de efectiva del mismo, ha vulnerado el precepto en la interpretación expuesta anteriormente.

En primer lugar, es de resaltar que la CNC solicitó a las imputadas datos para determinar el volumen de negocios, haciéndolo Bidetrasn, Transmeta y CB DIRECCION000, y, posteriormente comprobó tal volumen en el Registro Mercantil.

En el caso de la recurrente, no atendió a los requerimientos, y, ante tal omisión, la CNC realizó operaciones de aproximación a tal volumen de negocio:

a) tomó la declaración de tesorero de SINTRABI (f 804) en cuanto a que el número de afiliados sería de 600, mientras que el listado de afiliados aportado en su día al Servicio Vasco de Defensa de la Competencia contabilizaría algo más de 3.300. El Consejo partió de la cifra de 600 afiliados para sus estimaciones por considerarla más coherente con asociaciones similares en otros expedientes analizados anteriormente,

b) para determinar la facturación de los empresarios autónomos integrados en Sintrabi, tomo la media de facturación por camión de 100.959 €, según datos aportados, para las empresas transportistas, quienes a su vez contratan a los transportistas autónomos de SINTRABI, remunerándoles en base a dicha facturación media. Dichas medias se corrigieron según el porcentaje medio que cobra la empresa de transporte,

c) se calculó, según datos obrantes en el expediente, que el transporte realizado en un radio de 200 km sería el 46,4 % del total, y

d) de ello resultó una facturación durante los cinco años de 66,5 millones de euros.

Debe tenerse en cuenta, que de el número de afiliados tomados es muy moderado, pues de la testifical resultarían 100 o 1100 afiliados, y ello, unido a que se fija el número según declaración del tesorero, hemos de tener la cifra de 600 afiliados como correcta para fijar la sanción.

Para la facturación se han tenido en cuenta datos facilitados por los transportistas, no habiéndose aportado prueba en contrario.

El volumen de negocio se ha calculado en el ámbito geográfico y de producto afectado por la infracción, por lo que se sigue el criterio de ésta Sala, respecto de tal concepto.

La mecánica expuesta es ajustada a la lógica y necesaria para fijar la cuantía de la sanción ante la omisión de datos aportados por la actora.

Respecto al cálculo del 10% en el año 2010, y ante la ausencia de datos, la CNC opera del siguiente modo:

"Si comparamos la cifra de negocios de BILBAO TRUCKS LOGISTICA de 2009 se observa una significativa reducción desde el año 2006, alcanzando sólo en 2009 el 57% de la cifra que tenían sus empresas en 2006. El Consejo, consciente de que TRANSBIDENOR y los transportistas autónomos podrían, dada la evolución de la situación económica general de los últimos años, haber experimentado una reducción similar, considera que procede recalcular los límites superiores bajo el supuesto de una reducción de sus volúmenes de negocios hasta un 57% de los obtenidos en 2006"

Aplicando estas estimaciones a la actora, resultaría que el año 2006, tuvo un volumen de negocios, por aproximación, de 13.3 millones de euros, aplicando una reducción del 60% para 2010, resultaría 5.32 millones de euros, por lo que la sanción de 4.608.162 euros, se ha impuesto en su grado máximo, pero sin alcanzar el 10%. Teniendo en cuenta que se han apreciado agravantes, hemos de concluir que la sanción es proporcionada, y que su imposición, aún habiendo sido incorrectamente razonada en la Resolución impugnada, se ajusta a la interpretación que del artículo 10 de la Ley 16/1989 ha realizado la Sala.

Por último hemos de señalar, aunque nada afirma la recurrente sobre este particular, que tomar en consideración la facturación de las empresas asociadas, cuando se trata de infracciones cometidas por asociaciones empresariales, es ajustado a Derecho.

SEPTIMO : De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.



Procede imponer las costas a la recurrente, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

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

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Sindicato de Transportistas Autónomos de Bizkaia "Sintrabi"**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Ana Llorens Pardo, 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 26 de octubre de 2011**, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla** y la **confirmamos**, con imposición de costas a la recurrente.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

FONDO DOCUMENTAL ALCEB