



Roj: **SAN 1980/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:1980**

Id Cendoj: **28079230062017100147**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/05/2017**

Nº de Recurso: **384/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000384 / 2014

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 05074/2014

**Demandante:** ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE AUTOPATRONOS Y EMPRESARIOS DE TRANSPORTE DE CONTENEDORES POR CARRETERA DE LA PROVINCIA DE ALICANTE. (ASTRACO)

**Procurador:** D<sup>a</sup>. BLANCA BERRIATUA HORTA

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinticinco de mayo de dos mil diecisiete.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso n<sup>o</sup> 384/14, seguido a instancia de **ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE AUTOPATRONOS Y EMPRESARIOS DE TRANSPORTE DE CONTENEDORES POR CARRETERA DE LA PROVINCIA DE ALICANTE. (ASTRACO)** representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Blanca Berriatua Horta, con asistencia letrada, como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de fecha 10 de julio de 2014, la cuantía se fijó en 200.000 €, e intervino como ponente la Magistrada D<sup>a</sup> **ANA ISABEL RESA GÓMEZ**. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes



## AN TECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** : Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala dictase sentencia, por la que se anule la resolución impugnada.

**SEGUNDO** : El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto con imposición de costas a la parte recurrente.

**TERCERO**: So licitado y recibido el pleito a prueba fue practicada la que propuesta se declaró pertinente con el resultado obrante en autos y tras evacuar las partes escrito de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 24 de mayo de 2017, en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO**: En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la resolución dictada en fecha 10 de julio de 2014 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente nº S/0463/13, ASTRACO, resolución que agota la vía administrativa.

Dicha resolución acuerda:

*"PRIMERO.- Declarar la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la LDC (Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia), así como por el artículo 101.1 del TFUE, consistente en una infracción única y continuada de recomendación colectiva de precios y otras condiciones comerciales en el transporte de contenedores por carretera con origen en el Puerto de Alicante desde el año 2003 hasta el año 2011.*

*SEGUNDO.- La infracción anteriormente descrita y concretada debe ser calificada como muy grave, tipificada en el Artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, y en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.*

*TERCERO.- Declarar responsable de dicha conducta infractora de la competencia a la Asociación Provincial de Auto-Patronos y Empresarios de Transportes de Contenedores por Carretera de la Provincia de Alicante (ASTRACO)*

*CUARTO.- Imponerle a la Asociación Provincial de Auto-Patronos y Empresarios de Transportes de Contenedores por Carretera de la Provincia de Alicante la multa sancionadora de doscientos mil euros (200.000€).*

*QUINTO.- Intimar a la Asociación sancionada para que en el futuro se abstenga de realizar conductas iguales o semejantes, del tenor de las anteriormente tipificadas y sancionadas.*

*SEXTO.- Ordenar a los Servicios correspondientes de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la publicación de la Parte Dispositiva de esta Resolución en su página Web.*

*La Asociación sancionada difundirá entre sus asociados el texto íntegro de esta Resolución.*

*El incumplimiento, total o parcial de lo acordado, y/o el retraso en su cumplimiento por la sancionada, llevará aparejada adicionalmente una multa coercitiva de 3.000€/día.*

*SEPTIMO.- La Asociación sancionada acreditará ante la Dirección de Competencia, de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el puntual y el correcto cumplimiento de todo lo acordado y resuelto, concretado y mandado en los anteriores apartados de esta parte Dispositiva.*

*OCTAVO.- Instar a la Dirección de Competencia, de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, para que vigile el correcto y fiel cumplimiento de lo acordado en esta Resolución".*

**SEGUNDO** : Son datos fácticos para la resolución del presente contencioso, los siguientes:

1 .- En el marco del expediente S/0314/10, resuelto por el Consejo de la CNC el 27 de septiembre de 2013, la DI de ese organismo tuvo conocimiento de posibles prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por ASTRACO, consistentes en la recomendación de precios y de condiciones comerciales a sus asociados, así como en la limitación o el control de la prestación del servicio de transporte terrestre de contenedores por carretera con origen o destino (final o escala) en el Puerto de Alicante (folios 2 a 30). En concreto, durante las inspecciones llevadas a cabo en las sedes de ELTC (Asociación de Empresas de Logística y Transporte de Contenedores) y TRANSCONT COMUNIDAD VALENCIANA (Asociación de Empresas,



Autónomos, Cooperativas y Cooperativistas del Transporte de Mercancías por Contenedor de los Puertos de la Comunidad Valenciana) se obtuvieron actas de las Juntas Directivas de ambas asociaciones en las que se mencionan conductas de ASTRACO que podrían resultar contrarias a la LDC.

2.- Sobre esa base, y de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 49 de la LDC, el 26 de marzo de 2013 la DI acordó el inicio de una información reservada con número de referencia S/0463/13, a fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias meritorias de la incoación de expediente sancionador y la incorporación a la misma de la documentación obtenida del Expediente S/0314/10.

En el marco de esa información reservada, los días 8 y 9 de mayo de 2013, la DI llevó a cabo una *inspección* en la sede de ASTRACO con el objeto de verificar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia y por el artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia consistentes en la "*fijación de precios y de condiciones comerciales* o de servicio, así como en la *limitación o el control de la prestación del servicio de transporte terrestre de contenedores con origen o destino (final o escala) en el Puerto de Alicante*".

3.- Tras un análisis de la información obrante en el expediente, la DI estimó que podía deducirse la existencia de indicios racionales de infracción de la LDC, consistente en la "*fijación de precios y de condiciones comerciales o de servicio, en el reparto de mercado, así como en la limitación o el control de la prestación de la actividad en el sector de transporte terrestre de contenedores con origen o destino (final o escala) en el Puerto de Alicante*". Por ese motivo, y de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC, el 20 de mayo de 2013 la DI acordó incoar *expediente sancionador* contra ASTRACO por posibles prácticas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE.

4.- Tras la tramitación pertinente, dicho expediente finalizó con la resolución sancionadora y disconforme con ello la actora formuló el presente contencioso.

En cuanto a las partes:

**ASTRACO** Según sus Estatutos (folios 53 a 76), esta asociación tiene, entre otras, las siguientes funciones y facultades:

1. "*Negociar, concretar y suscribir los acuerdos o convenios, provinciales, nacionales o internacionales, que afecten o interesen a sus Miembros de forma corporativa o comunitaria, en el ámbito provincial y portuario, industrial, sindical, económico, tributario, laboral y en cualquiera otro relacionado, directa o indirectamente, con la actividad representada.*"
2. "*Llevar a cabo estudios de mercado, tarifas y demás de interés para sus Miembros, facilitándoles cuanta información les convenga, incluso mediante la edición y publicación de boletines, revistas o estudios.*"

Asimismo, se establece que podrán ingresar en la asociación las personas físicas o jurídicas dedicadas al transporte de contenedores, que cumplan las exigencias establecidas en la legislación vigente en materia de transportes, que voluntariamente lo soliciten y reúnan los requisitos establecidos en esos mismos Estatutos. Por tanto, pueden formar parte tanto transportistas autónomos como empresas de transporte.

**TERCERO:** La resolución impugnada, considera probado de manera indubitada y fehaciente, que ASTRACO en las reuniones de su Junta Extraordinaria, Junta Ordinaria y Asamblea General, acordó desde el año 2003 hasta al menos el año 2011 unas tarifas de referencia para el transporte de contenedores desde el Puerto de Alicante a aplicar por sus asociados, incluyendo el recargo por el precio del combustible y la subida del IPC, así como su entrada en vigor, los descuentos a aplicar y las revisiones sobre las mismas. La propia ASTRACO ha afirmado que dichas tarifas eran actualizadas anualmente, se las comunicaba a sus asociados y, como recoge el acta de la reunión de la Junta Ordinaria del 12 de febrero de 2005, también se comunicaban a transitarios y consignatarios.

Consta en el Expediente dos listados de tarifas de referencia para el transporte de contenedores por carretera desde el Puerto de Alicante: uno del año 2008 aportado por la propia ASTRACO, y otro del año 2010 hallado en la sede de ELTC, de contenido idéntico a las tarifas del año 2010 de uno de los asociados de ASTRACO, y de formato similar al listado aportado por ASTRACO del año 2008, en los que se fijan: el precio del transporte por intervalos de kilometraje, los costes de distintos servicios prestados en los traslados, el coste de las paralizaciones, el recargo por combustible, el incremento del IPC, la entrada en vigor de las tarifas, las sanciones por exceso de peso y el seguro por mercancía que incluyen las tarifas.

Aunque las tarifas acordadas en el seno de ASTRACO y recomendadas a sus asociados eran llamadas "*tarifas de referencia*", ha quedado acreditado (reuniones de la Junta Directiva y la Asamblea General de ASTRACO entre los años 2005 y 2009) que existía un seguimiento y una vigilancia por parte de ASTRACO a sus asociados para informar de aquellos que operaban por debajo de las tarifas de referencia. Así, en enero de 2007 ASTRACO



prohibió a los asociados comercializar por debajo de las tarifas de referencia, ya que en caso de hacerlo les expulsaría de la asociación.

Ello revela una infracción del artículo 1.1 de la LDC (tanto en su redacción de 1989 como en la de 2007) consistente en una *recomendación colectiva de precios* y otras condiciones comerciales para el transporte de mercancías por carretera con origen en el Puerto de Alicante.

**CUARTO:** Alega la actora como fundamento de su pretensión anulatoria, reiterando los argumentos que ya esgrimiera en vía administrativa.

- 1.- Prescripción de la infracción.
- 2.- Indefensión.
- 3.- Falta de acreditación de la participación de la conducta sancionada y
- 4.- Vulneración del principio de proporcionalidad.

**QUINTO:** En cuanto a la primera cuestión alega la actora que las conductas que son objeto de sanción se dice llevadas a efecto incluso en el año 2003, con la particularidad de que, de conformidad con el artículo 68 de la LDC, las infracciones muy graves prescriben a los cuatro años, es por ello por lo que las conductas anteriores al 8 de mayo de 2009, resultan prescritas y por tanto no son ni pueden ser motivo de infracción de ninguna clase.

En relación con ese motivo este Tribunal considera necesario realizar una precisión conceptual que puede acarrear importantes consecuencias jurídicas. Esta precisión viene motivada por el uso indistinto e indebido que se realiza en nuestra práctica y jurisprudencia, entre los conceptos de infracción continua y continuada, claramente distinguidos en el artículo 25.2 del Reglamento 1/2003.

La Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2013 Asunto Trelleborg Industrie SAS, T-147 y 148/09, apartados 57 a 71 y 72 a 89, reitera y expresa con claridad la distinción entre ambos conceptos y sus consecuencias en la forma que pasamos a sistematizar.

#### 1. Concepto de infracción continua y sus consecuencias:

-La jurisprudencia permite a la Comisión presumir que la infracción, o la participación de una empresa en ella, no se ha interrumpido, aunque no disponga de pruebas de la infracción durante algunos períodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo. Dicha apreciación debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes, acreditativos de la existencia de un plan conjunto (apartado 61).

-Cuando concurren esas condiciones el concepto de infracción continua permite, de esa forma, que la Comisión imponga una multa por la totalidad del período de infracción considerado y determine la fecha en la que empieza a correr el plazo de prescripción, a saber, la fecha en la que la infracción continua ha finalizado (apartado 62). Todo ello sin perjuicio del derecho de la parte a desvirtuar dicha presunción.

-La consecuencia fundamental se vincula a la fijación del "dies a quo" a los efectos del cómputo del plazo de prescripción y al hecho de la responsabilidad de la empresa sancionada debe calcularse, en principio, teniendo en cuenta todo el período de duración de la infracción.

#### 2. Concepto de infracción continuada y sus consecuencias:

-Cuando pueda considerarse que la participación de una empresa en la infracción se interrumpió y que la empresa participó en ésta antes y después de esa interrupción, esa infracción puede calificarse como continuada si, al igual que la infracción continua, existe un objetivo único perseguido por ella antes y después de la interrupción. Ello podrá deducirse de la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos afectados, de las empresas que han participado en la colusión, de las formas principales de su ejecución, de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas y también del ámbito de aplicación geográfico de esas prácticas.

-En ese supuesto la infracción es única y continuada, y aunque la Comisión puede imponer una multa por todo el período de duración de la infracción, en cambio no puede imponerla por el período durante el que ésta se interrumpió.

-El origen del artículo 25.2 del Reglamento 1/2003 se encuentra en el artículo 1, apartado 2, del Reglamento (CEE) nº 2988/74 del Consejo, de 26 de noviembre de 1974, relativo a la prescripción en materia de actuaciones y de ejecución en los ámbitos del derecho de transportes y de la competencia de la Comunidad Económica Europea (DO L 319, p. 1; EE 08/02, p. 41), del que proceden las disposiciones sobre la prescripción contenidas en el Reglamento nº 1/2003. Esta norma se refería a las infracciones «continuas o continuadas», y en la versión



en lengua francesa al de infracciones «continues ou continuées, que fue sustituido en la versión en lengua francesa del artículo 25, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003, por el de infracción «continuée ou répétée», modificación que no se dio en las demás versiones lingüísticas, lo que ha dado lugar a una cierta confusión conceptual.

-Lamentablemente tenemos que consignar que por un problema de traducción, se presentan ambos conceptos como sinónimos cuando claramente no lo son, por lo que consideramos pertinente establecer la presente precisión.

En el presente caso no cabe duda de que, pese al uso indistinto que de ambos conceptos realiza la resolución recurrida, la imputación que se hace a la recurrente se refiere a la eventual existencia de una infracción continua.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ha establecido las pautas o elementos que deben tomarse en consideración para calificar una conducta como infracción única y continua, que parten de un presupuesto irrenunciable, la existencia de un plan único de actuación conjunta de las distintas entidades implicadas.

En este sentido puede citarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, Asunto Verhuizongen Coppens, C- 441/11, apartado 41, en el que se indica que: "Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, actualmente 101.1 del TFUE, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencias Comisión/Anic Participazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C- 204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258)".

Por su parte, el Tribunal General, sin perjuicio, obviamente, de aplicar esta jurisprudencia, ha puntualizado los siguientes extremos:

1º Así, en la sentencia de 6 de febrero de 2014, asunto T-27/10 AC- Treuhand AG, apartados 240 y 241, señala que no puede identificarse de forma genérica el concepto "objetivo único", que subyace en el plan conjunto de las empresas implicadas, con la simple distorsión de la competencia, pues ese es el presupuesto de la calificación de la práctica como anticompetitiva.

Esa interpretación tendría como consecuencia, que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (véase la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06, Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada).

Por ello, debe siempre verificarse el grado de complementariedad de los distintos comportamientos que integran la infracción única. A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia de 28 de abril de 2010, del Tribunal General, asunto T-446/05 Amann & amp; amp; Söhne y Cousin Filterie/Comisión, apartado 92, y la jurisprudencia citada en la misma).

2º La sentencia de 17 de mayo de 2013 Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, apartados 59 y ss, precisa que: a) En el marco de una infracción que dura varios años, no impide la calificación de infracción única el hecho de que las distintas manifestaciones de los acuerdos se produzcan en períodos diferentes, siempre que pueda identificarse el elemento de unidad de actuación y finalidad.

De acuerdo con una práctica jurisprudencial constante se han identificado una serie de criterios que ayudan a calificar una infracción como única y continuada, a saber: la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos y servicios, de las empresas participantes, y de las formas de ejecución, pudiéndose tener en cuenta, además, la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas implicadas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del cártel, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas, siempre que concurren los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de



ello, es que el "dies a quo" del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad conferida a la empresa implicada de desvirtuar esta presunción.

Esta doctrina ha sido plenamente asumida por esta Sala de la Audiencia Nacional en las Sentencias de 15 de julio de 2014 (recursos nº 150/2013 y 176/2013, asuntos Torres Epic y Tepol).

Sin perjuicio de lo anterior, debe recordarse que con carácter general, el derecho sancionador español ha descrito la infracción prolongada en el tiempo en el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, que dispone: "*Asimismo, será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión*".

La construcción española de la infracción continua obedece a un principio inspirador, importado del proceso penal, que tiene por objeto atenuar la responsabilidad del infractor, mientras que la concepción dimanante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se inspira en la doctrina anglosajona de la conspiracy.

Dicha concepción tiene por objeto establecer una presunción en favor de la Comisión, a los efectos de facilitar la prueba de la participación de las empresas en infracciones complejas y de larga duración en las que no necesariamente se dispone prueba directa de la participación del sujeto infractor durante todo el período de la vulneración del Derecho de la Competencia. Naturalmente esta presunción admite prueba en contrario.

Por otra parte, puede observarse que el texto legal español emplea la expresión infracción continuada sin efectuar la distinción a la que hemos hecho referencia entre infracción continua y continuada.

En el caso que ahora nos ocupa estamos ante una única conducta, una recomendación colectiva de precios y otras condiciones comerciales en el transporte de contenedores por carretera con origen en el Puerto de Alicante a aplicar por sus asociados, incluyendo recargo por el precio del combustible y la subida del IPC, así como su entrada en vigor, los descuentos a aplicar y las revisiones sobre las mismas. La propia actora ha afirmado que dichas tarifas eran actualizadas anualmente, se les comunicaba a sus asociados y, como recoge el Acta de la reunión de la Junta Ordinaria de 12 de febrero de 2005, también se comunicaban a transitarios y consignatarios.

Dado pues que estamos ante una conducta única cuya continuidad está acreditada, no procede admitir ninguna de las alegaciones respecto a la prescripción de los hechos acontecidos antes de mayo de 2009. Se trata pues de una conducta, cuya declaración de unicidad y continuidad es conforme a la doctrina nacional y comunitaria, conducta que resulta infractora de los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

**SEXTO:** Co mo segundo motivo la actora alega indefensión por cuanto se han denegado injustificadamente pruebas relevantes que hubieran podido servir para demostrar que a partir de 2009 no existía uniformidad de tarifas.

El artículo 51.1 de la LDC regula la práctica por el Consejo de pruebas solicitadas por las partes, siempre que sean distintas de las practicadas en la fase de instrucción por la DI, o de actuaciones complementarias, bien sean de oficio o a instancia de los interesados, cuando dichas pruebas o actuaciones sean consideradas por el Consejo necesarias para la formación del juicio en la toma de decisión. Ese mismo precepto legal, en su apartado 3, dispone que a propuesta de los interesados el Consejo de la CNC pueda acordar la celebración de Vista.

Por tanto en el esquema de la Ley 15/2007, tanto la práctica de pruebas, a propuesta de las partes o de oficio del Consejo, como la celebración de Vista, son actuaciones potestativas del Consejo, que las acordará en la medida en que las considere necesarias para aclarar cuestiones que no constan en la instrucción, y que son precisas para la formación de su juicio antes de resolver ( artículo 51. 1 y 3 de la LDC ).

Además, en materia probatoria, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, es criterio del Consejo considerar que sólo son admisibles aquéllas que tienen por objeto refutar los hechos imputados, la participación en los mismos de las empresas imputadas, o los efectos dañinos sobre el mercado, así como, en su caso, las relativas a la dimensión del mercado afectado o la cifra de negocios del imputado. Sobre esta base normativa, el Consejo acuerda incorporar al expediente toda la documentación e informes que las partes han adjuntado al expediente como alegación de parte y deniega la aportación posterior de la que ya constando en poder de los asociados bien pudo aportar.

Por tanto el motivo debe ser desestimado por cuanto el derecho a la utilización de los medios de prueba en el procedimiento administrativo sancionador requiere superar un juicio de pertinencia, conforme al art. 24.2 de la CE ( STC 192/87, 212/90 de 20 de diciembre, 297/1993 ), habiendo razonado el Consejo la razón de tal denegación, lo que impide apreciar la existencia de indefensión, por cuanto debe indicarse que 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.

Efectivamente la resolución impugnada indica que: *"Por último, en sus Alegaciones a la Propuesta de Resolución (folios 760-765), la imputada también solicita como practica de prueba una serie de actuaciones para "demostrar y acreditar que ni ASTRACO ni ninguno de sus asociados ocupa posición dominante en el mercado". Esta SALA entiende que ello no es necesario por dos razones: (a) ASTRACO no está imputada por abuso de posición de dominio, de modo que la realización de pruebas tendentes a "demostrar que no ocupa posición de dominio" es innecesaria a efectos de la imputación; y (b) como hemos señalado más arriba esta SALA es consciente de la cuota de mercado de la imputada"*, lo que avala, como hemos dicho, la desestimación del presente motivo.

**SÉPTIMO:** Por lo que respecta al motivo de falta de acreditación de la participación en la conducta sancionada, la información contenida en el expediente como resultado de la instrucción realizada por la Dirección de Investigación de la CNC, que incluye además de numerosos requerimientos de información, inspecciones domiciliarias en las sedes de ELTC y TRANSCONT Comunidad Valenciana y a la propia actora, ha permitido acreditar la conducta sancionada.

Efectivamente, consta que durante las inspecciones llevadas a cabo en las sedes de ELTC (Asociación de Empresas de Logística y Transporte de Contenedores) y TRANSCONT COMUNIDAD VALENCIANA (Asociación de Empresas, Autónomos, Cooperativas y Cooperativistas del Transporte de Mercancías por Contenedor de los Puertos de la Comunidad Valenciana) se obtuvieron actas de las Juntas Directivas de ambas asociaciones en las que se mencionan conductas de ASTRACO que podrían resultar contrarias a la LDC.

Se practica una información reservada los días 8 y 9 de mayo de 2013 en la que la DI llevó a cabo una inspección en la sede de ASTRACO, siendo incorporada con fecha 16 de mayo la documentación en formato papel y en formato electrónico que en dicha inspección había sido recabada.

Pues bien, en la inspección realizada en la sede de ASTRACO los días 8 y 9 de mayo de 2013, se obtuvieron un total de 28 actas desde 1990 hasta febrero de 2013: 1 acta del año 1990, 3 actas de 1991, 1 acta de 1992, 1 acta de 1993, 1 acta de 1998, 4 actas de 1999, 2 actas del 2000, 1 acta de 2003, 1 acta de 2004, 4 actas de 2005, 1 acta de 2007, 1 acta de 2008, 2 actas de 2009, 1 acta de 2010, 3 actas de 2011 y 1 acta de 2013 (folio 43).

Asimismo, en la inspección de la sede de ASTRACO se recabó un documento de mayo de 2012 firmado por el Presidente y por el Secretario de ASTRACO en el que se menciona el libro de actas de dicha asociación: "Que en el Libro de Actas de esta asociación, figura la correspondiente a la reunión de la Junta Directiva celebrada el día 4 de mayo de 2.012, bajo la Presidencia de Don [XXX] y actuando de Secretario el propio certificante" (folio 136).

Con objeto de completar la información relativa a las reuniones mantenidas por los órganos de gobierno de ASTRACO de acuerdo con lo que figura en sus Estatutos, se requirió en dos ocasiones a dicha Asociación para que aportase todas las actas que no figuran en el expediente desde el año 2003 así como el libro de actas de la asociación (folios 193 a 205 y 576 a 583). En sus respuestas ASTRACO aportó el acta de la Junta Directiva y la Asamblea General del 5 de mayo de 2010 (folio 395) y el acta de la Junta Directiva y la Asamblea General del 7 de junio de 2010 (folio 396) ya que el resto de actas que se solicitaron (en concreto se solicitaron las actas de la Junta Directiva y la Asamblea General del año 2006, el acta de la Asamblea General de 13 de junio de 2008 y el acta de la Junta Directiva del año 2012) afirma que se encuentran extraviadas (folios 390 y 587). Por otra parte, en relación al libro de actas ha manifestado que "no se dispone de libro de actas como tal, por lo que no se pueden aportar más actas" (folios 587).

Se han incorporado al expediente todas las convocatorias, comunicados y actas de la Junta Directiva y de la Asamblea General de ASTRACO desde el año 2003 halladas en la inspección de su sede, así como, las dos aportadas posteriormente por ASTRACO en su respuesta del 3 de octubre de 2013:

1. Acta de la Junta Extraordinaria del 1 de febrero de 2003 (folios 85 a 87).
2. Acta de la Junta Ordinaria del 10 de julio de 2004 (folios 88 y 89).
3. Acta de la Junta Ordinaria del 12 de febrero de 2005 (folios 90 a 92).
4. Acta de la Junta Extraordinaria del 12 de marzo de 2005 (folios 93 y 94).
5. Acta del 14 de octubre de 2005 de la Junta Extraordinaria (folios 95 y 96).



6. Convocatoria y acta de la Asamblea General del 15 de octubre de 2005 (folios 97 y 98).
7. Acta de la Junta Directiva y Asamblea General de 20 de enero de 2007 (folios 99 a 101).
8. Convocatoria y acta de la Junta Directiva del 7 de enero de 2008 (folio 102 a 105).
9. Convocatoria y acta de la Asamblea General del 24 de febrero de 2009 (folio 106 a 108).
10. Convocatoria y acta de la Asamblea General Extraordinaria del 16 de noviembre de 2009 (folio 109 a 118).
11. Convocatoria de la Asamblea General Extraordinaria del 5 de mayo de 2010 (folio 119).
12. Acta y comunicado de la Asamblea General Extraordinaria del 5 de mayo de 2010 (folios 120 y 395).
13. Convocatoria y acta de la Junta Directiva y de la Asamblea General Extraordinaria del 7 de junio de 2010 (folios 121 y 396).
14. Acta de la Junta Directiva y la Asamblea General del 20 de diciembre de 2010 (folio 122).
15. Convocatoria y acta de la Asamblea General Extraordinaria del 14 de marzo de 2011 (folios 123 a 125).
16. Convocatoria y acta de la Asamblea General Extraordinaria del 20 de junio de 2011 (folios 126 a 131).
17. Convocatoria y acta de la Junta Directiva y la Asamblea General Extraordinaria del 9 de noviembre de 2011 (folios 132 a 135).
18. Convocatoria y acta de la Junta Ordinaria del 18 de febrero de 2013 (folios 137 a 143 y 148 a 150).

Desde el año 2003 hasta el año 2011, ASTRACO discutió, a nivel interno, cuestiones relacionadas con las tarifas de los servicios prestados por sus empresas de transporte de contenedores asociadas, lo que dio lugar a la elaboración de unas tarifas de referencia comunes para todos sus asociados, a la fijación de la fecha de su entrada en vigor y de la forma de aplicarlas, así como, a modificaciones y revisiones sobre las mismas. En dichas tarifas se incluían la repercusión de la variación del precio del combustible, la repercusión de la variación del IPC, así como el valor de las indemnizaciones por las paralizaciones y otras condiciones comerciales como las sanciones por exceso de peso y la cuantía del seguro de mercancías que incluían las tarifas.

Entre otras se pueden citar, entre otras, las siguientes:

En el acta de la reunión de la Junta Extraordinaria de ASTRACO del 1 de febrero de 2003 uno de los puntos a tratar fue "conocimiento, revisión y en su caso, aprobación de las nuevas tarifas" y en dicho acta se recoge (folios 85 a 87).

En el acta de la Junta Directiva y Asamblea General de ASTRACO del 20 de enero de 2007 (folios 99 a 101), se recoge en el tercer punto : " *se aprueban las tarifas por unanimidad*". Y más adelante en el punto 8 se pone de manifiesto: "*A raíz de los hechos acaecidos en el año anterior, se comunica a los asociados que ninguno de ellos pueda comercializar por debajo de las tarifas de referencia y mucho menos prestar colaboración a no asociados por debajo de la tarifa. De no cumplirse los acuerdos conllevaría a la retirada de los distintivos de la asociación, la expulsión de la misma y quedándose este sin colaboración por parte del resto*".

Al preguntar la DI a ASTRACO sobre la periodicidad con la que se renovaban las tarifas para el Puerto de Alicante, ASTRACO ha respondido que se procuraba actualizarlas anualmente (folios 195 y 391).

En el expediente constan diferentes documentos de los años 2003 y 2005 en los que se acredita que ASTRACO tuvo intención de crear un censo de camiones e integrarse en el creado por ELTC en el Puerto de Valencia. En el acta de la reunión de la Junta Extraordinaria de ASTRACO del 1 de febrero de 2003 (folios 85 a 87) uno de los puntos a tratar fue "comunicación referente al censo creado en el Puerto de Valencia".

Constan en el Expediente dos listados de tarifas de referencia para el transporte de contenedores por carretera desde el Puerto de Alicante: uno del año 2008 aportado por la propia ASTRACO, y otro del año 2010 hallado en la sede de ELTC, de contenido idéntico a las tarifas del año 2010 de uno de los asociados de ASTRACO, y de formato similar al listado aportado por ASTRACO del año 2008, en los que se fijan: el precio del transporte por intervalos de kilometraje, los costes de distintos servicios prestados en los traslados, el coste de las paralizaciones, el recargo por combustible, el incremento del IPC, la entrada en vigor de las tarifas, las sanciones por exceso de peso y el seguro por mercancía que incluyen las tarifas.

Por tanto la participación de la actora en la conducta sancionada está plenamente acreditada por lo que el motivo alegado debe desestimarse.

**OCTAVO:** Finalmente alega la actora la vulneración del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción.



En el caso que nos ocupa, la infracción ha sido calificada de muy grave.

La resolución impugnada parte de los 46 puertos españoles declarados de interés general la infracción alcanza únicamente al ámbito del Puerto de Alicante, que el puerto de Alicante representa, además, un volumen de movimiento de contenedores muy bajo en relación al total de los 46 puertos españoles declarados de interés general, que dentro del propio movimiento de contenedores del Puerto de Alicante, la cuota de transporte por carretera correspondiente a ASTRACO es a su vez pequeña, de ahí que la DC señale que *"las conductas imputadas apenas han tenido efectos"*, evaluación con la que la CNMC está de acuerdo y por ello impone una multa de 200.000€ considerando que en este caso la Ley 16/89, de 17 de julio es más favorable, que es el que corresponde al *tramo bajo* del intervalo sancionador previsto por el Art. 10 (1) de dicha Ley, es decir, *"multas de hasta 901.518,16 euros"*.

Por tanto no existe vulneración del principio invocado, razones que nos llevan a desestimar el presente recurso.

**NOVENO:** Y por lo que se refiere a las costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA deben imponerse a la actora al haberse desestimado sus pretensiones.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

#### FA LLO

**QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso interpuesto por la representación procesal de **ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE AUTOPATRONOS Y EMPRESARIOS DE TRANSPORTE DE CONTENEDORES POR CARRETERA DE LA PROVINCIA DE ALICANTE (ASTRACO)** contra la resolución de la CNMC de fecha 10 de julio de 2014 a la que la demanda se contrae, que confirmamos por su adecuación a derecho. Se imponen las costas a la parte actora.

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.

**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 26/05/2017 doy fe.