



Roj: **SAN 2581/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:2581**

Id Cendoj: **28079230062016100252**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **30/06/2016**

Nº de Recurso: **563/2013**

Nº de Resolución: **272/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000563 /2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05368/2013

Demandante: MEGATRAC 2000, S.L.

Procurador: D^a OLGA CATALINA RODRÍGUEZ HERRANZ

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN CULTURA Y DEPORTE

Codemandado: TRANSPORTES MANUEL GONZÁLEZ BLÁZQUEZ, S.L.

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

S E N T E N C I A N º:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a treinta de junio de dos mil dieciséis.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 563/13 promovido por la Procuradora D^a Olga Catalina Rodríguez Herranz actuando en nombre y representación de **MEGATRAC 2000, S.L.**, contra la resolución de 16 de septiembre de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, recaída en el expediente sancionador S/0397/12 TRANSPORTES MADRID, y mediante la cual se le impuso una sanción de 20.000 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave; habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, así como la entidad TRANSPORTES MANUEL GONZÁLEZ BLÁZQUEZ, S.L., representada por el Procurador D. Gabriel García Riquelme.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se *"dicte sentencia conforme a los pedimentos de esta parte, declarando no ser conforme a Derecho y anulando la sanción impuesta a Megatrac 2000 S.L. en la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia recaída en su Expediente 397/12"*.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos. La entidad TRANSPORTES MANUEL GONZÁLEZ BLÁZQUEZ, S.L., presentó asimismo escrito por el que solicitaba se *"estime la nulidad de la resolución impugnada conforme a los motivos expuestos"*.

TERCERO.- Habiendo quedado el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 25 de mayo de 2016, teniendo así lugar.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 16 de septiembre de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente S/0397/12 TRANSPORTES MADRID cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO. Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del TFUE, consistente en una recomendación de precios prohibida por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE de la que es responsable la Asociación de Empresarios de Transporte de Contenedores de la Zona Centro.

SEGUNDO. Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del TFUE, consistente en un acuerdo de precios prohibido por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE del que son responsables (...) MEGATRAC 2000 (...).

(...)

CUARTO. Imponer las siguientes multas a las autoras de la conducta infractora declarada en el resuelve segundo:

(...)

- Veinte mil euros (20.000 €) a MEGATRAC 2000, S.L. (...)

QUINTO. Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución (...)".

El expediente que concluyó con la sanción trascrita fue incoado con fecha 2 de febrero de 2012 por la Dirección de Investigación contra diferentes empresas del sector de transporte por carretera, entre ellas la ahora recurrente MEGATRAC 2000, tras haber tenido conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia, en concreto por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE consistentes en la fijación, directa o indirecta, de precios y de condiciones comerciales o de servicio.

La resolución recurrida supone acreditado que las entidades sancionadas, empresas dedicadas al transporte de contenedores por carretera que han operado en algún momento en el denominado *puerto seco* de Madrid, participaron en una reunión convocada por ASEMTRACON -asociación de empresarios de transportes de contenedores por carretera de la zona centro- el día 3 de marzo de 2011 -folios 22 a 24 del expediente-. En ella los asistentes habrían constituido una mesa de trabajo sobre el sector del transporte de contenedores por carretera y acordado por unanimidad la aplicación de una cláusula de revisión del precio del gasóleo en las operaciones del transporte de contenedores por carretera consistente en que *"con efectos de día 15 del mes de abril de 2001 se procederá a la repercusión de esta cláusula del 5% sobre el precio de los servicios de transporte, en aquellos casos en los que no se haya venido aplicando hasta ahora"*. Acuerdos que la Comisión califica como anticompetitivos y prohibidos en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Como advierte la CNC para justificar esa calificación, *" El funcionamiento competitivo del mercado exige que cada operador decida autónomamente su comportamiento, sin ningún tipo de acuerdo, ya que al sustituir la actuación independiente por la colectiva se limita la competencia. Dentro del conjunto de posibles conductas colusivas, los acuerdos de fijación directa o indirecta de precios son considerados especialmente graves porque*



suprimen la competencia entre operadores en un elemento esencial para diferenciar las ofertas como es el precio, impidiendo así a los usuarios que se beneficien de los menores precios que resultarían de la competencia entre oferentes. En definitiva, mediante este tipo de acuerdos surge el riesgo de provocar precios mas altos".

SEGUNDO.- En su escrito de demanda, "MEGATRAC 2.000, S.L." solicita se anule y revoque la resolución administrativa impugnada por los siguientes motivos:

- 1.- Caducidad del expediente sancionador "por cuanto se han infringido las normas reguladoras del procedimiento y su duración máxima, suspendiendo el expediente de forma extemporánea e indebida".
- 2.- Ausencia de participación de la demandante en la adopción del acuerdo que la CNC ha calificado de anticompetitivo, y ello al no constar que acudiera a la reunión celebrada en fecha 3 de marzo de 2011. Rechaza que pueda considerarse como prueba de su asistencia la plasmación del sello de su empresa y una firma que aparecen en el documento que obra a los folios 22 a 24 del expediente administrativo y que recoge un acuerdo elaborado por la mesa de trabajo reunida en fecha 3 de marzo de 2011. Y cuestiona además la existencia misma de ASEMTRACOM.
- 3.- La fijación de la referida cláusula de revisión de precios por la variación del precio de gasóleo estaría avalada por el artículo 38 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, lo que impediría apreciar en la recurrente una conducta siquiera culposa pues actuó con la seguridad y confianza de que dicha medida contaba con respaldo legal, invocando en este sentido el principio de confianza legítima.
- 4.- La demandante no aplicó en ningún caso durante los años 2011 y 2012 un recargo por combustible por lo que "nunca su proceder ha tenido consecuencias o efectos colusorios de la competencia en el mercado".
- 5.- La cuantificación de la multa impuesta carece de justificación suficiente y provoca la indefensión de la sancionada al desconocer los concretos criterios seguidos para su determinación.

Motivos todos que rechaza el Abogado del Estado por las razones que expone en su escrito de contestación a la demanda.

TERCERO.- Antes de analizar los concretos motivos de impugnación esgrimidos en la demanda se hace necesario determinar si es o no anticompetitivo el acuerdo adoptado en fecha 3 de marzo de 2011 por los asistentes a la mesa de trabajo sobre el sector del transporte de contenedores por carretera en Madrid, pues solo en el caso de entender que con dicho acuerdo se vulneró el artículo 1 de la LDC, será preciso analizar si la prueba de cargo tenida en cuenta por la CNC permite concluir la participación y el conocimiento de la recurrente del acuerdo adoptado en dicha mesa de trabajo.

A la conclusión de que, en efecto, el acuerdo incurre en esa vulneración, hemos llegado en reciente sentencia de 9 de junio de 2016, dictada en relación precisamente a la legalidad de la sanción impuesta por la misma resolución recurrida a otra de las empresas afectadas; sentencia en la que se razona de este modo:

"La conducta imputada se ha tipificado por la CNC con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que dispone:

"1. 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:

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio".

La actividad que se prohíbe en el citado precepto es cualquier acuerdo o conducta concertada conscientemente tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin; y no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta con que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. Es decir, la conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.

Esta Sección destaca que en fecha 3 de marzo de 2011 se reúnen diversas empresas, todas ellas dedicadas al transporte de contenedores por carretera con operaciones en el puerto seco de Madrid, y por unanimidad adoptan aplicar con efectos del día 15 del mes de abril de 2011 la repercusión de la cláusula del 5% sobre el precio de los servicios. El contenido del citado acuerdo recogido en el documento fechado el 7 de marzo de 2011 permite concluir que los asistentes sí conocían que la finalidad del acuerdo era fijar unos precios comunes fijando una cláusula común de revisión por la variación del precio del gasóleo como así se aprecia del contenido de algunos párrafos del citado documento que ahora se destacan. Así se afirma:

"Se trata de las fluctuaciones en el precio el combustible que tan intensamente repercuten en la estructura de costes de la actividad, de forma que un incremento o una bajada sostenidos en el precio del gasóleo pueden llegar



a cambiar el escenario de rentabilidad del negocio o, incluso, a propiciar la crisis global del sector. Objetivamente se considera injusta una relación tan directa entre el precio del combustible y rendimiento obtenido por el servicio prestado, y una exposición tan arriesgada de la actividad a este factor y, por eso, las normativas más recientes han venido propiciando y obligando a establecer y aplicar entre los operadores cláusulas de revisión automática que independicen o prevean una dinámica propia para la repercusión de las fluctuaciones del precio del combustible, diferenciada respecto al precio del servicio de transporte como tal".

Y se añade:

"Es el momento de los hechos, de llevar a la realidad lo que las normas y los compromisos establecen, de que cada uno de los que tenemos relación con el transporte cumplamos nuestras obligaciones y asumamos nuestras responsabilidades. Los transportistas debemos ser los más comprometidos con este proceso de rigor y exigencia, pues nos va todo en ello. Debemos defender nuestra dignidad que es lo mismo que defender nuestros negocios, exigir y aplicar todo aquello que la ley establece y negarnos a trabajar cuando las condiciones no sean las mínimas que la propia ley contempla. Los miembros de la Mesa que han negociado y formalizado el presente acuerdo se comprometen a mantener reuniones periódicas dirigidas a garantizar su cumplimiento, con el fin de corregirlas desviaciones que pudieran hacerlo fracasar o modificarlo en función de las circunstancias".

Como ya decíamos en la sentencia dictada en fecha 2 de junio de 2016 en el recurso contencioso administrativo nº 466/2013, en el que se impugnaba una sanción impuesta en el mismo expediente sancionador que la que ahora revisamos:

"La lectura del mismo no deja lugar a dudas, cuando puede constatarse que las empresas convocadas tomaron de conjunto el acuerdo global e indiscriminado de aplicar el incremento de precio referido, en una cuantía específica, a partir de fechas determinadas y con solución de continuidad, estableciendo además un organismo de control para evitar desviaciones en su aplicación"

Por tanto, ese acuerdo colectivo está expresamente prohibido por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TJUE, en la medida en que esa posición colectiva de fuerza desvirtúa el equilibrio de las partes e impide y coarta estrategias competitivas individuales de las empresas. Con ese acuerdo se coordina el comportamiento de empresas competidoras y la concreción del mismo en cuanto al cómo, el cuándo y el cuánto incrementar los precios es claramente un acuerdo de precios que es apto para distorsionar la competencia en el mercado".

CUARTO.- Expuesto lo anterior, razones de sistemática procesal requieren que nos pronunciemos en primer lugar, y de entre los distintos argumentos que esgrime la actora en su demanda, sobre la pretendida caducidad del expediente, que MEGATRAC 2000 justifica por el hecho de haber transcurrido con exceso el plazo de dieciocho meses al efecto previsto en el artículo 36 de la Ley 15/2007.

Argumenta en este sentido que no podría computarse como válida suspensión de este plazo la acordada por la Comisión el 12 de junio de 2013, y ello por cuanto la decisión de remitir información a la Comisión Europea en cumplimiento de lo establecido en el artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003 se adoptó el 5 de abril, de tal suerte que debió ser entonces cuando, dice, hubo de enviarse y acordarse la correspondiente suspensión pues "La CNC no puede verse beneficiada por su propia falta de diligencia", y "Si la remisión se acordó el 5 de Mayo (sic), no cabe suspender dos meses después, el 12 de junio".

Puesto que el expediente fue incoado el 2 de febrero de 2012, y de no producir efectos la suspensión que cuestiona por dicha causa, considera que el expediente habría caducado al tiempo de notificarse la resolución sancionadora el 19 de septiembre de 2013.

El motivo no puede ser acogido.

La suspensión acordada el 12 de junio de 2013 tenía claro amparo en lo dispuesto en el artículo 37.2 de la Ley 15/2007, cuyo apartado c) prevé la suspensión del plazo máximo para resolver los procedimientos "Cuando se informe a la Comisión Europea en el marco de lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado con respecto a una propuesta de resolución en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea".

El hecho de que, acordada válidamente la remisión con fundamento en el referido artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, no se verificase hasta el 11 de junio siguiente, en modo alguno afecta a la validez de la decisión misma pues, en primer lugar, no existe ninguna previsión sobre el plazo máximo que pudiera transcurrir entre el acuerdo de remitir la información y su efectivo envío; en segundo lugar, no se advierte la pretendida trascendencia anulatoria del retraso, que desde luego no se justifica de ningún modo; y, por último, y, antes al contrario, a los efectos discutidos, tanto si se hubiera acordado la suspensión



antes, como si se hubiera decidido, como ocurrió, después, las consecuencias serían las mismas, es decir, se habría suspendido válidamente el plazo máximo para resolver durante un mes.

QUINTO.- La afirmación que mantiene la recurrente sobre la inexistencia misma de ASEMTRACOM no se sostiene a la vista de los documentos que obran en el expediente administrativo.

Basta remitirse a los folios 3.989, 3.990 y 3.991 para constatar la existencia del acta de constitución de la Asociación de fecha 20 de septiembre de 2004, acta que se encabeza del siguiente modo:

"Reunidos en Madrid, el día 20 de Septiembre de dos mil cuatro, los señores que se relacionan con nombre, apellidos y DNI, en su propio nombre o en representación de las empresas que igualmente se citan en cada caso/ han acordado constituirse promotores de la ASOCIACION DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE DE CONTENEDORES DE LA ZONA CENTRO (ASEMTRACON), con carácter de Asociación Profesional sujeta a la Ley de 1 de abril de 1977, regulándose su funcionamiento de acuerdo con principios democráticos, se registrá por los Estatutos que se aprueban y unen a este Acta".

Incorporando a continuación los estatutos de la Asociación -folios 3.992 a 4.017-.

Procede entonces plantearse si la participación de MEGATRAC 2000 S.L. en el acuerdo colusorio está o no acreditada de manera suficiente.

Dicha participación resulta de la plasmación en el tan reiterado documento de constitución de la mesa de trabajo de 3 de marzo de 2011 del sello de la empresa y de una firma, lo que a juicio de la actora es insuficiente para concluir que tomó parte en aquella reunión.

Como hemos dicho en reciente sentencia de 23 de junio de 2016, recaída en el recurso 548/2013 interpuesto por otra de las empresas sancionadas en el mismo expediente administrativo objeto de estos autos, *"En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1985, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración.*

En este caso la Sala, a la vista de la prueba existente concluye que en relación con la mercantil recurrente hay prueba de su participación en la adopción del acuerdo que se ha declarado anticompetitivo.

Es verdad, que no figura el correo de convocatoria dirigido a TRANS EUROPEAN SPORT SUARDIAZ SL pero sí su sello en la parte baja del acuerdo junto a las demás empresas participantes en la reunión y que, han sido, asimismo sancionadas. Sostiene la recurrente que, en realidad, lo que figura al pie del acuerdo no es su sello sino el logotipo de la empresa que aparece en su página web y que es muy fácil de plasmar en un folio a lo que añade, que la firma que aparece debajo es ilegible. Este dato pudiera suscitar dudas acerca de la participación de la recurrente en el acuerdo pero no explica como apareciendo, en definitiva, su identificación en el mismo no pidió explicaciones al respecto a la asociación convocante teniendo en cuenta que la aparición de su sello o logo en el acuerdo lo que pone de manifiesto a las demás empresas es que suscribe su contenido (...). Por otra parte, ha de insistirse en que no consta que la recurrente al recibir la información antes relatada se apartara expresamente del grupo o manifestara su oposición a ese tipo de prácticas en las que, además, estaba interesada al ser un sector de mercado en la que realiza su actividad empresarial como empresa de transporte. Y pese a ser una infracción que se consume por su objeto, resultando irrelevante a los efectos de tipificar la conducta el hecho de su eventual ejecución, ya que basta con la asistencia de las empresas a la reunión en la que con detalle se exponen las conductas anticompetitivas, sin que posteriormente se produzca un apartamiento público de las mismas respecto del contenido de dichos acuerdos, para que se cometa la infracción. (En este sentido puede verse la STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-9/08 , T-Mobile), en éste caso, además, consta acreditada la aplicación efectiva del acuerdo anticompetitivo".

Estas consideraciones son sin duda trasladables al caso aquí analizado.

Así, es evidente el interés que atañe a la mercantil actora en relación al objeto y alcance del acuerdo adoptado, por incidir de pleno en su actividad empresarial.

También lo es la difusión en el sector que ha de tener un acuerdo como el controvertido, que impide pueda suponerse que MEGATRAC 2000 S.L. lo desconocía absolutamente.

Todo ello, unido desde luego al hecho cierto de la consignación en el acuerdo de la mesa de trabajo del sello de la actora, conforman un conjunto de circunstancias que abonan la conclusión a la que llegó la CNC



especialmente si se tiene en cuenta que MEGATRAC 2000 S.L. no se ha apartado públicamente de lo que se acordó en aquella reunión.

Esta criterio está avalado por la doctrina que reiteran sentencias del Tribunal de Justicia como la de 3 de mayo de 2012, asunto Comap C-290/11, seguida también por una constante jurisprudencia del Tribunal General de la que es un ejemplo la STG de 30 de noviembre de 2011, asunto Quin Barloo, en la que se indica, a partir del apartado 47, que: *"Cuando la participación en tales reuniones ha quedado acreditada, incumbe a esta empresa aportar los indicios adecuados para demostrar que su participación en las reuniones no estaba guiada en absoluto por un espíritu contrario a la competencia, probando que informó a sus competidores de que ella participaba en las reuniones con unas intenciones diferentes a las suyas (sentencias Hüls/Comisión, citada en el apartado 36 supra, apartado 155; Comisión/Anic Partecipazioni, citada en el apartado 34 supra, apartado 96, y Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 46 supra, apartado 81). La razón que subyace en este principio jurídico es que, al haber participado en la reunión sin distanciarse públicamente de su contenido, la empresa ha dado a entender a los demás participantes que suscribía su resultado y que se atendería a éste (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 46 supra, apartado 82)".*

SEXTO.- Se afirma asimismo en la demanda que la fijación de la cláusula de revisión de precios por la variación del precio de gasóleo estaría avalada por el artículo 38 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, lo que impediría apreciar una conducta siquiera culposa pues la sancionada habría actuado con la seguridad y confianza de que dicha medida contaba con respaldo legal, invocando en apoyo de esta interpretación el principio de confianza legítima.

Sobre esta alegación, constante en los distintos sancionados por la resolución impugnada, nos hemos pronunciado en sentencia de 2 de junio de 2016 en estos términos:

"Tampoco puede aceptarse el argumento de que dicha conducta gozaba de amparo legal, ya que, si bien el artículo 38 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre del contrato de transporte terrestre de mercancías, permite realizar el incremento de precios aludido siguiendo criterios o fórmulas establecidas por la Administración e imponiendo que la repercusión deberá basarse en la estructura de costes que en el transporte tenga el precio de la gasóleo, dicha autorización lo es para actuaciones individuales y siempre que no existiera pacto en contra.

El acuerdo colectivo está expresamente prohibido por el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, en la medida en que esa posición colectiva de fuerza desvirtúa el equilibrio de las partes e impide y coarta estrategias competitivas individuales de las empresas".

Y no puede atribuirse la consecuencia pretendida al hecho de que la actora no hubiese aplicado durante los años 2011 y 2012 un recargo por combustible por lo que, dice, "nunca su proceder ha tenido consecuencias o efectos colusorios de la competencia en el mercado".

Para rechazar también esta alegación baste recordar nuevamente la Sentencia T- Mobile que en los apartados 27 a 30 alude al tratamiento jurisprudencial de la distinción entre infracciones por objeto y por efecto, subrayando que la infracción lo será por su objeto cuando la conducta, por su propia naturaleza, sea perjudicial para el buen funcionamiento de la libre competencia, siendo el ejemplo clásico a este respecto los acuerdos de fijación de precios, ya se hagan de forma directa o indirecta. El TJUE se pronuncia en estos términos:

"28. En lo relativo a la delimitación de las prácticas concertadas que tengan un objeto contrario a la competencia y de aquéllas que tengan un efecto contrario a la competencia, ha de recordarse que el objeto y el efecto contrarios a la competencia son condiciones no acumulativas sino alternativas para apreciar si una práctica está comprendida dentro de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1. Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción "o", lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo de la práctica concertada, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido de la práctica concertada no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible (véase, en este sentido, la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 15).

29. Además, ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers,



antes citada, apartado 16). La distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 17).

30. En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia".

Por tanto, es suficiente que los acuerdos tengan por objeto una práctica restrictiva, aun cuando no se haya generado efecto alguno, para apreciar la infracción.

SÉPTIMO.- Por último, incide la demanda en la incorrecta cuantificación de la sanción.

Es lo cierto que, en el presente supuesto, la cuantía de la multa se ha fijado con arreglo a los criterios establecidos en la "Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea" (BOE de 11 de febrero de 2009) y, en consecuencia, a partir de un método de cálculo no conforme a Derecho con arreglo al criterio adoptado por el Tribunal Supremo en sentencia dictada con fecha 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), reiterado en otras muchas posteriores.

Es por ello por lo que debe estimarse parcialmente el recurso en el único sentido de anular la sanción de multa impuesta y disponer se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que determine e imponga dicha multa en el porcentaje que proceda, atendidos los criterios legales de graduación, debidamente motivados, y en aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos por el Tribunal Supremo.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas dado el carácter parcialmente estimatorio del fallo.

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

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Olga Catalina Rodríguez Hernández actuando en nombre y representación de **MEGATRAC 2000, S.L.**, contra la resolución de 16 de septiembre de 2013, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, recaída en el expediente sancionador S/0397/12 TRANSPORTES MADRID, y mediante la cual se le impuso una sanción de 20.000 euros de multa por la comisión de una infracción muy grave, debemos anular y anulamos la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser en este extremo ajustada a Derecho; disponiendo se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije su importe en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de esta sentencia.

Sin hacer expresa imposición de costas.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que no cabe recurso alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 05/07/2016 doy fe.