

Id. Cendoj: 28079230062013100474
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 14/10/2013
Nº de Recurso: 28/2012
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a catorce de octubre de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **BOFILL & ARNAN S.A.** , y en su nombre y representación el Procurador D^o Francisco Miguel Velasco Muñoz Cuellar, y asistido por el letrado Sr. Josep M^a Prat Sàbat, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 1 de diciembre de 2011** , relativa a sanción, siendo la cuantía del presente recurso 1.184.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por BOFILL & ARNAN S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o Francisco Miguel Velasco Muñoz Cuellar, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 1 de diciembre de 2011, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta.

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 acordado el recibimiento del proceso a prueba por auto de fecha 9 de mayo de 2.012, denegada la unión de los documentos del expediente de

transitarios 1 y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 24 de septiembre de dos mil trece.

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 1 de diciembre de 2011, por la que se impone a la hoy recurrente, BOFILL & ARNAN S.A como responsable solidaria, junto con la empresa BCN ADUANAS Y TRANSPORTES S.A, la sanción de multa de 1.184.000 euros por resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 15 /2007 de 17 de julio de Defensa.

SEGUNDO : La Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos declara en su parte dispositiva, en lo que ahora interesa:

"PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del TFUE , de la que son responsables solidarias BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.L. y BOFILL ARNÁN, S.A, consistente en la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

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

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

TERCERO : Los hechos que la CNC declara probados, que la Sala acoge como tales y que no han sido desvirtuados, en cuanto son especialmente relevantes, son los siguientes, tal como dijimos en la sentencia de fecha 24.6.2013, dictada en el recurso 29/2012 , que interpuso BCN ADUANAS Y TRANSPORTES S.A:

"En España, los transitarios son quienes se encargan de la organización o planificación de los transportes internacionales y, en todo caso, de aquellos que se efectúen en régimen de tránsito aduanero. También pueden realizar dichas funciones en relación con transportes internos, pero sólo en el caso que el transporte suponga la continuación de un transporte internacional cuya gestión se le haya encomendado.

Un transitario o empresa transitaria coordina y organiza la totalidad de operaciones de expedición de mercancías con arreglo a las necesidades de su cliente -desde el punto de recogida que éste haya fijado, hasta el punto de destino en el país donde éste se encuentre-, contratando directamente con su cliente todo el transporte, extendiéndose su control sobre las mercancías a todas las fases de su transporte ya sea terrestre, marítimo o aéreo, hasta hacerlas llegar a su destino final. La demanda de la prestación de servicios transitarios viene constituida por tanto por la totalidad del tejido empresarial e industrial que necesite realizar un servicio regular o puntual de entrega de mercancías en el exterior.

Para facilitar la agrupación o desagrupación de mercancías, el transitario suele contar con almacenes, propios o subcontratados, los cuales utiliza para recibir las mercancías, agruparlas por destinos y remitirlas a sus destinatarios, asesorando a su cliente sobre aspectos tales como embalaje, trámites y documentación.

Tan sólo grandes grupos integrados globales cuentan con medios propios de transporte, dado el coste que ello representa. Por lo que al transporte por carretera se refiere, los servicios de transporte se contratan a terceros, ya sean empresas de transporte, ya transportistas autónomos, siendo habitual que un mismo transportista preste sus servicios a varios transitarios.

Dos son los canales a través de los cuales un transitario obtiene la petición del servicio u "orden de carga":

- Por parte de un exportador español que venda en condiciones DDU (Delivery Duty Unpaid) o CIF (Cost, Insurance and Freight) que paga el flete, estableciéndose una relación directa entre cliente y transitario mediante un contrato privado de transporte de mercancías, facturando el transitario todo el servicio al cliente que envía la mercancía.

- Por parte del agente o corresponsal extranjero del transitario, para el caso de que el exportador/proveedor español venda en condiciones ex fábrica. En este caso, el precio del transporte se paga en destino en el país europeo donde tenga su residencia el destinatario de la mercancía. El transitario recibe la orden de carga de su agente o corresponsal extranjero, que a su vez ha confeccionado el contrato de transporte con su cliente en su país, facturando el transitario a dicho agente la parte del servicio que efectúa.

Dentro de la prestación de actividades transitarias por carretera pueden diferenciarse tres segmentos:

- Grupaje (envíos consolidados): transporte de cargas de hasta 3.000 kilos, con cierta estandarización en su organización, con salidas semanales a puntos concretos pero sin necesidad de una recogida diaria. Las tarifas para este servicio se fijan en función de su destino y peso.

- Carga parcial (carga fraccionada, "Part Truck Loads" o PTL): transporte de cargas de más de 3.000 kilos pero sin llegar a completar el camión. No son servicios estandarizados y se negocian en términos de servicio y precio con los clientes.

- Carga completa ("Full Truck Loads" o FTL): camiones contratados específicamente para una carga y un destino concreto. Sus precios se negocian individualmente con cada cliente y el servicio es, generalmente, puerta a puerta sin pasar por las instalaciones del transportista...

2. BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.A.

BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.A. (desde ahora, BCN) es una empresa española que inició sus actividades el 9 de noviembre de 1984, con CIF A08952012, domiciliada en Avenida dels Ports d'Europa, 72-80 en la Zona de Actividades Logísticas (ZAL) del Puerto de Barcelona. De acuerdo con información pública, su teléfono es el 93 600 0500 y su fax el 93 600 0595. Su página web es www.bofill-arnan.com y su correo

electrónico corporativo xxx, coincidentes con los BOFILL ARNÁN, S.A.

BCN tiene delegaciones en Irún, La Jonquera y Alicante y no es accionista ni socia de ninguna otra sociedad. En cuanto a su estructura de propiedad, BCN cuenta con un capital social suscrito y desembolsado de 360.600 euros, detentado por las siguientes sociedades en la proporción indicada: ALBERT ARNÁN, S.A. (42,5%), CONRAD BOFILL & CIA, S.A. (20%), así como por dos personas físicas titulares, respectivamente, del 30% y 7,5% de dicho capital (folios 906 y 907, 948, 949 y 1231).

De acuerdo con la información obtenida del Registro Mercantil (folio 1160), BCN tiene por objeto social la organización especializada del transporte internacional de mercancías, por cualquier medio y en cualquier modalidad. Conforme lo indicado por BCN, su objeto social "es transitario terrestre y operador logístico (explotación de almacenes)", así como "transportista nacional y europeo", no actuando en la expedición de carga a escala doméstica.

BCN ha aportado junto a sus alegaciones a la Propuesta de Resolución un "informe de procedimientos acordados" elaborado por un tercero sobre el desglose de su facturación durante los años 2000 a 2008 (folios 2074-2083). Dicho informe confirma que esta empresa realiza la mayor parte de su facturación en el negocio transitario terrestre. En respuesta al requerimiento de información de la DI manifiesta que en 2010 realizó una facturación total de [CONFIDENCIAL] (folio 1626)."

Continúa la Resolución impugnada:

"4. El denominado "Grupo Bofill Arnán"

BOFILL ARNÁN y BCN comparten el mismo accionariado, la misma sede, la misma composición de sus órganos de administración y han tenido durante el periodo objeto de investigación a la misma persona ejerciendo las funciones de Director General, el Sr. xxx (folios 907-908).

Consta en el expediente copia del contenido de la página web oficial que comparten (www.bofill-arnan.es) impresa el 28 de diciembre de 2010 (folios 1648 a 1656) en la que se presentan como BOFILL ARNÁN, LOGÍSTICA INTERNACIONAL, "una organización al servicio de su empresa", dando hacia el exterior una imagen de grupo capaz de prestar al cliente servicios de Aduanas, Aéreo, Logística, Marítimo y Terrestre. A la hora de describir las actividades "Terrestres" de la organización se indica lo siguiente:

"Formando parte del Grupo BOFILL & ARNÁN, BCN Aduanas y Transportes es el operador logístico de transporte de mercancías por carretera, tanto a nivel internacional como nacional.

A través de una extensa red de corresponsales presentes en más de 30 países y mediante nuestros servicios de grupaje, cargas completas, paquetería y express, ofrecemos todo tipo de soluciones a las necesidades logísticas de nuestros clientes [...]"

Los departamentos de Aduanas y Logística se presentan en dicha WEB como comunes a los diferentes tipos de negocio transitario: aéreo, marítimo y terrestre.

Es BOFILL Y ARNÁN S.A. quien participa como miembro en las asociaciones del sector.

En particular, en el Directorio de Asociados que aparece en la página WEB de ATEIA Barcelona (<http://www.bcn.ateia.com>) aparece como miembro la empresa BOFILL Y ARNAN S.A. y como persona de contacto su Director General, el Sr. xxx, persona que asistía también a las reuniones del Grupo de transitarios (ver HP 6)."

Respecto de las reuniones:

"Desde el año 2000 se institucionalizaron entre una serie de empresas transitorias la celebración regular de reuniones para hablar de temas de interés común. En particular, estaban convocadas y asistían regularmente a estas reuniones del llamado "Grupo" de transitarios, además del GRUPO BOFILL & ARNÁN LOGÍSTICA INTERNACIONAL, las siguientes: ABX LOGISTICS ESPAÑA, S.A. (actualmente denominada, DSV AIR & SEA, S.A.), BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA, S.A, DHL EXPRESS BARCELONA SPAIN, S.A., RHENUS LOGISTICS, S.A., SALVAT LOGÍSTICA, S.A., SPAIN-TIR TRANSPORTES INTERNACIONALES, S.A., TRANSNATUR, S.A. y TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR, S.L.

En cuanto a las reuniones celebradas, ha quedado acreditada la celebración de, al menos, 42 reuniones mantenidas por el Grupo desde el año 2000 hasta el año 2008 (S/0120/08 TRANSITARIOS):

Ejercicio 2000: 3 de octubre y 15 de diciembre de 2000.

Ejercicio 2001: 21 de febrero, 2 de marzo, 31 de mayo y 13 de noviembre de 2001.

Ejercicio 2002: 14 de noviembre de 2002.

Ejercicio 2003: 26 de marzo, 26 de mayo, 11 y 26 de junio, 16 de julio, 30 de septiembre y 11 de noviembre de 2003.

Ejercicio 2004: 4 de febrero, 7 de abril, 3 de junio, 13 de septiembre y 13 de diciembre de 2004.

Ejercicio 2005: 3 de marzo, 28 de abril, 13 de julio, 14 de septiembre y 16 de noviembre de 2005.

Ejercicio 2006: 25 de enero, 1 de marzo, 27 de abril, 15 de mayo, 13 y 29 de junio, 4 de septiembre, 28 de noviembre y 7 de diciembre de 2006.

Ejercicio 2007: 15 de febrero, 18 de abril, 3 de julio, 4 de septiembre, 3 de octubre 5 y 18 de diciembre de 2007.

Ejercicio 2008: 23 de enero, 15 de febrero y 27 de mayo de 2008. Ha quedado acreditada la desconvocatoria de una reunión prevista para el 3 de diciembre de 2008, convocada por RAMINTER y que debía haber tenido lugar en el Hotel xxx (HP TERCERO de la Resolución de 31 de julio de 2010).

Respecto del funcionamiento de las reuniones, en una primera instancia, el medio de convocatoria empleado fue el fax, mediante invitación individual dirigida por la Presidencia de SPT al resto de directivos de las empresas participantes en el cártel. A partir de marzo de 2003 el medio empleado fue el correo electrónico, enviando un e-mail dicha Presidencia de SPT a la totalidad de los integrantes del Grupo, quienes por lo general empleaban dicho medio confirmando o no su asistencia. También será el

correo electrónico el medio habitualmente empleado para comunicarse o trasladarse documentación entre los miembros del Grupo, lo cual no implica que este medio de comunicación fuera el único entre empresas.

El lugar habitual de celebración de las reuniones era la sede de SPT, salvo en aquellas ocasiones en que éstas fueran convocadas por otras empresas del Grupo, en cuyo caso tuvieron lugar en sus respectivas sedes.

Del análisis del Orden del día de las diferentes reuniones se deduce que se trataban temas de interés para el negocio transitario internacional en general, no necesariamente limitados al negocio transitario terrestre. En particular, se observa que fueron objeto de debate temas como los siguientes:

- Salón Internacional de la Logística (folios 243, 665, 667)
- Temas relacionados con aeropuertos y seguridad aérea (folios 77 y 78)
- Temas relacionados con el negocio transitario marítimo y aéreo (folios 51, 388, 546, 550 y 665)
- Plan de Regulación y Ordenación de Acceso al Transporte vinculado al Port de Barcelona (PROATRANS) (folios 48, 289, 535)

Con frecuencia se trataban temas relacionados con el convenio colectivo de transitarios y aduanas (Folios 44, 77-78, 100, 135, 138, 154-157, 381-385, 398, 417, 550, 566, 580-584). De hecho, consta un correo de 7 de septiembre de 2006 que el representante de SALVAT envía al resto de miembros del Grupo en el que se dice (folio 154 y ss):...

6. Participación en las reuniones y acuerdos

Durante todo el periodo, el Director General de BCN y de B&A fue convocado a estas reuniones regularmente y participaba con asiduidad en las mismas.

El Sr. xxx se comunicaba con el resto de miembros del Grupo desde su correo corporativo (xxx). En los tomos I, II, y III de este expediente constan numerosos correos que así lo atestiguan. En particular, constituyen prueba de ello los folios 81, 216, 250, 265, 413, 419, 438, 486, 510-512, 524-525, 553, 646-647, 670, 681, 693, 779, 791, 868-869.

En estas reuniones y contactos en los que el Sr. xxx participó, las empresas coordinaron sus estrategias competitivas en relación con materias comercialmente sensibles. En particular:

- Reunión de 3 de octubre de 2000, en la que se acordó incrementar las tarifas en función de IPC a partir de principios de 2001, fijándose una horquilla de subidas de precio en función del IPC comprendida entre un 2,5% y un 3%, y repercutir de forma automática y trimestralmente el incremento por la subida del coste del carburante a los clientes con menor poder de negociación en el ámbito de sus actividades de grupaje, fijándose un recargo por incremento del coste de combustible, de entre un 5% y 8%, que se reflejaría en las facturas como un concepto independiente.

- Reunión de 14 de noviembre de 2002, en la que se acordó el incremento de tarifas

para el ejercicio siguiente, tomando como referencia el IPC, y el establecimiento de un recargo por el peaje en Alemania (folio 5153).

- Reunión de 26 de marzo de 2003, en la que se valoró el grado de aceptación del incremento general de tarifas (en adelante IGT) de 2003 acordado en la reunión de 14 de noviembre de 2002 y en cuanto al ICC, se decidió esperar a observar la evolución del precio del carburante, aplazándose la adopción de un acuerdo sobre este tema para la siguiente reunión (folio 310-311).

- Reunión de 11 de noviembre de 2003, en la que se acordó el IGT a aplicar a en 2004 (entre un 2,5% y un 2,9%), la fecha en la que dicho incremento se iba a comunicar a los clientes de las empresas participantes en el cártel y la fecha efectiva de su aplicación, acordando los miembros del Grupo intercambiarse los escritos informando a sus clientes del IGT-2004 pactado. En cuanto al MAUT, se acordó dejar en suspenso el tema, puesto que la entrada en vigor de dicha tasa se estaba dilatando en el tiempo (folios 333-4, 455).

- Reunión de 4 de febrero de 2004, en la que se valoró el IGT-2004 y se acordó respecto al MAUT remitirse los escritos que en su momento se enviaran al afecto a sus clientes (folios 336 a 342, 457).

- Reunión de 3 de junio de 2004, en la que se acordó respecto al Incremento del Coste del Carburante (ICC) esperar la evolución del precio del carburante (folios 50, 386-396).

- Reunión de 13 de septiembre de 2004, en la que se valoró la evolución de los costes del combustible a escala nacional e internacional, llegándose al acuerdo de introducir un ICC de entre un 2,5% a un 3,5% a partir del 1 de octubre de 2004, así como intercambiar las cartas que se remitirían a los clientes informando sobre dicho incremento (folios 97, 99, 397-401, 459-461).

- Reunión de 13 de diciembre de 2004, en la que se acordó respecto al ICC el incremento en enero de 2005, una horquilla de incremento de tarifas para 2005, en función del IPC previsto, de entre un 3,4% y un 3,6%, aplicable a partir del 1 de febrero o 1 de marzo de 2005 y remitir a los clientes una carta requiriéndoles el pago del tasa por el Gobierno alemán por el paso de vehículos pesados por sus autopistas (desde ahora, MAUT) desde el 1 de enero de 2005 (folios 73-75, 407-413, 427, 462-465). Así, consta en el expediente el correo electrónico remitido por el Director General de B&A y BCN a las demás empresas del cártel el 22 de diciembre de 2004 (folios 413 a 415), adjuntando el escrito que remitirían a sus clientes, con pie de firma "Cordialmente BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.A. (Grupo Bofill & Arnán Logística Internacional)" del que se resalta el siguiente párrafo al contener lo acordado en la citada reunión:

"Les comunicamos que estudiada la actuación de tarifas para el próximo año 2005, y siendo la tasa de variación interanual del índice de precios al consumo (IPC) de los últimos 12 meses del 3,5%, hemos concluido aplicarles un aumento del 3% para todas nuestras tarifas en vigor. Este aumento tarifario anual será de aplicación a partir del próximo 15 de Enero de 2005.

Como continuación a nuestra circular de fecha 7 de Julio 2003 y en relación a las Tasas de Peaje en Alemania, les recordamos que a partir de Enero de 2005 el gobierno alemán aplicará el sistema de Peaje (MAUT) para todas las mercancías que circulen por

el país, tanto de entrada y salida como en tránsito para/desde terceros países (Escandinavos, Bálticos, del Este, ...) tasa que estimamos en el 4,50% sobre el flete y que facturaremos en concepto aparte para que quede completamente identificado.

De la misma manera, Suiza incrementará la actual Tasa de Peaje, repercutiéndoles su incremento sobre la tarifa actual existente, en cuanto el mencionado incremento se haga público [...]."

- Reunión de 3 de marzo de 2005, en la que se acordó que el ICC se mantendría al mismo nivel, ya que se decidió aumentar el IGT. En esta reunión comenzó a valorarse por el Grupo la oportunidad de mantener un pacto de no captación de personal sus miembros (folios 427-431).

- Reunión de 28 de abril de 2005, en la que se acordó no tantear y/o contratar empleados de otras empresas del cártel sin el previo consentimiento de la empresa en la que estuviera empleado el trabajador en cuestión (folios 433-454, 273).

- Reunión de 13 de julio de 2005, en la que se incidió en que debía respetarse el acuerdo de no quitarse trabajadores entre las empresas del cártel (folios 275, 466-472).

- Si bien consta que el Director General de BOFILL ARNÁN y BCN no asistió a la reunión de 14 de septiembre de 2005, en la que se acordó una horquilla entre el 3,5% y 3,9% por ICC a partir del 1 de octubre de 2005 y un aumento del IGT para el ejercicio 2006 igual al IPC, circulándose las cartas que al efecto remitirían a sus clientes (folios 79-80, 84, 86, 89, 90-96, 488-490), consta en el expediente un correo electrónico de 8 de septiembre de 2005 enviado por el citado Director General de B&A y BCN a las demás empresas del cártel, excusando su asistencia y señalando que contactaría posteriormente para ser informado de lo acordado y así poder poner en marcha lo que se hubiera decidido por el cártel (folios 486 y 487):

"Amigos y colegas, No podré en esta ocasión asistir, por coincidir en horario con un asunto judicial. Teniendo en cuenta la importancia del tema principal, estaré en contacto con vosotros posteriormente para que me informéis de la reunión y poder poner en marcha lo que se haya decidido."

Así, consta también en el expediente el correo electrónico enviado el 29 de septiembre de 2005 por el Director General de B&A y BCN a las demás empresas del cártel adjuntando la carta del anuncio del incremento, como se había acordado en la citada reunión (folios 81 a 83 y 510 a 512):

"[...] Adjunto archivo con la carta del anuncio del incremento, que por temas informáticos empezaremos a aplicar el 15 de Octubre, y que ya se está remitiendo a los clientes".

El citado archivo adjunto es una carta tipo, con pie de firma "Cordialmente, BCN ADUANAS Y TRANSPORTES / GRUPO BOFILL ARNAN Departamento Comercial", en la que se indica lo siguiente:

"Es de conocimiento generalizado la escalada incontrolada del precio de los carburantes que se ha ido produciendo desde septiembre 2004 hasta la fecha, el aumento alcanza el 23,41%.

De este incremento, que incide muy directamente en el precio de los transportes les adjuntamos a título informativo gráfico que recoge los datos, así como escrito de la Federación Española de Transitarios.

Ante tal situación, nos vemos en la obligación de repercutir en nuestras facturas el incremento del costo del gasóleo hasta la fecha, que hemos cifrado en un 3,50% y que se aplicará a partir del próximo 15 de Octubre 2005.

Este incremento se sumará al que ya aplicamos desde Octubre 2004 y que recogía el incremento del coste del gasóleo hasta la indicada fecha, la suma del porcentaje total lo facturaremos en concepto aparte como hasta la fecha, siendo el mismo revisado periódicamente dependiendo de las oscilaciones del combustible, tanto al alza como a la baja cuando éstas supongan desviaciones de (+/-) un 10%.

Se trata de una medida excepcional en nuestra empresa el modificar los acuerdos tarifarios fuera del periodo de las habituales negociaciones anuales, pero la situación que se ha ido produciendo no nos ha dejado otra alternativa que reajustar los precios a las realidades de los costes actuales [...]."

- Reunión de 16 de noviembre de 2005, en la que se acordó que el ICC seguiría identificándose como una cuota separada no incluida en la tarifa general, acordándose un IGT-2006 con incremento entre un 3,2% y 3,5% a aplicar a partir del 15 de enero de 2006, así como que el intercambio de cartas o circulares-tipo a remitir a los clientes se haría entre el 10 y el 15 de diciembre de 2005 (folios 289, 535-541, 818). Consta en el expediente correo electrónico de 23 de diciembre de 2005 (folios 524 y 525), enviado por el Director General de B&A y BCN a las demás empresas del cártel, adjuntando el modelo de carta a remitir a sus clientes, indicando literalmente lo siguiente:

"Amigos, Adjunto archivo con el modelo de carta que durante esta semana se está remitiendo a los clientes (...)."

En el mencionado modelo de carta adjunto, fechado en "Barcelona, 15 de Diciembre 2005" y con pie de firma "Departamento Comercial BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.A. Grupo Bofill & Arnán (Logística Internacional)", se indicaba lo siguiente:

"Les comunicamos que estudiada la actualización de tarifas para el próximo año 2006, y siendo la tasa de variación interanual del índice de precios al consumo (IPC) de los últimos 12 meses próxima al 4%, hemos concluido aplicarles un aumento del 3% para todas nuestras tarifas en vigor. Este aumento tarifario anual será de aplicación a partir del próximo 1 de Febrero de 2006."

- Reunión de 1 de marzo de 2006, en la que se acordó que las subidas por IPC se repercutirían como cada año, contemplándose añadir el ICC cuando procediera para hacer un solo recargo (folios 291, 542-545).

- Reunión de 13 de junio de 2006, en la que se incidió en no contratar empleados de empresas del cártel sin autorización de la empresa en cuestión (folios 29, 135, 560, 565).

- Reunión de 4 de septiembre de 2006, en la que se acordó no incrementar el ICC, pactándose por lo que respecta al IGT que todos aplicarían un incremento conforme al IPC de noviembre, acordándose circular las cartas a enviar a su clientes informándoles

de este último aumento de precios (folios 143-144, 154, 570-579, 822-823).

- Reunión 28 de noviembre de 2006, en la que se acordó incrementar las tarifas en función de IPC a partir del 1 de enero de 2007 y mantener el ICC (folios 48, 158, 207-224, 585, 754-755, 796).

- Reunión de 3 de octubre de 2007, en la que se acordó no subir las tarifas por ICC, si bien se acordó incrementar las mismas en función del IPC y en cuanto a la captación de empleados, no emplear personas pertenecientes a empresas del cártel y en el caso de que alguna de ellas estuviese interesada en contratar a algún empleado de otra empresa del cártel, se consultaría a los directivos de dicha empresa la conveniencia o no de dicha contratación (folios 78, 248-259, 293, 676-693, 778-783, 797-806, 875-880).

- Reunión de 18 de diciembre de 2007, en la que se acordó un incremento de las tarifas para 2008 del 4,1% para el transporte de carga fraccionada y del 2,05% para el transporte de carga completa, insistiéndose en el tema del acuerdo alcanzado en materia de captación de empleados (folios 77, 260-265, 294-299, 694-702, 784-791, 881).

- Consta acreditado que el Sr. xxx fue convocado por SPT a todas las reuniones del Grupo de las que se tiene constancia en 2008 (folios 266, 300-306, 703-707, 792-795, 267-272, 307, 708-710, 807, 888).

En definitiva, el Sr. xxx participó asiduamente en las reuniones y en el intercambio de cartas y circulares a los clientes que las empresas del cártel realizaban entre ellas para facilitar el seguimiento de los acuerdos adoptados. En el caso del Grupo BOFILL ARNAN las cartas se enviaban a los clientes de BCN y siempre iban firmadas como "BCN/Grupo BOFILL ARNAN".

CUARTO : Al igual que hizo la empresa BCN ADUANAS Y TRANSPORTES S.A en el recurso 29/2012 alega la hoy recurrente, que existe indefensión en cuanto no se ha permitido a la recurrente acceder a los documentos del expediente transitorios 1 con nº S/0120/08, lo que fue denegado por providencia de 11.4.2012. Ahora bien, dejando al margen la cuestión planteada acerca de si la nulidad alegada de la orden de entrada y registro puede alcanzar al expediente sancionador, pues ese constituye motivo diferente, en línea con lo que expresamos en el anterior recurso, ante la petición de la recurrente para que dicho expediente se incorporase a la prueba de este recurso, se requirió por Sala la identificación de los documentos que habrían de incorporarse, y posteriormente las razones por las que la actora consideraba necesaria dicha incorporación. Pues bien, una alegación genérica de posible existencia de documentos de descargo en dicho expediente no justifica su incorporación, más aún, cuando la recurrente ha podido aportar las pruebas de descargo que tuviese en su poder. Por otra parte, la CNC no se apoya en ningún documento no aportado al expediente para fundar la imputación. Por tanto no existe una base fáctica para justificar la aportación de un expediente ajeno al presente recurso, ni puede apreciarse indefensión por su no incorporación, (providencia de 15.10.12 y autos de 29.11.2012 y 18.1.2013) que se dan por reproducidos.

Respecto al procedimiento de clemencia, el artículo 66 de la Ley 15/2007 establece:

"1. La Comisión Nacional de la Competencia podrá reducir el importe de la multa correspondiente en relación con aquellas empresas o personas físicas que, sin reunir

los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo anterior:

a) faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la Comisión Nacional de la Competencia, y

b) cumplan los requisitos establecidos en las letras a), b) y c) del apartado 2 del artículo anterior.

2. El nivel de reducción del importe de la multa se calculará atendiendo a la siguiente regla:

a) La primera empresa o persona física que cumpla lo establecido en el apartado anterior, podrá beneficiarse de una reducción de entre el 30 y el 50 por ciento.

b) La segunda empresa o persona física podrá beneficiarse de una reducción de entre el 20 y el 30 por ciento.

c) Las sucesivas empresas o personas físicas podrán beneficiarse de una reducción de hasta el 20 por ciento del importe de la multa.

3. La aportación por parte de una empresa o persona física de elementos de prueba que permitan establecer hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa será tomada en cuenta por la Comisión Nacional de la Competencia al determinar el importe de la multa correspondiente a dicha empresa o persona física.

4. La reducción del importe de la multa correspondiente a una empresa será aplicable, en el mismo porcentaje, a la multa que pudiera imponerse a sus representantes o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre que hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia."

Esta regulación no implica que la recurrente deba ser llamada a un proceso sancionador antes de que existan indicios frente a ella, y el expediente anterior incoado a otras entidades no le impide acogerse a este precepto porque la existencia de un previo expediente no le impide aportar elementos relevantes para la investigación del nuevo expediente. En este sentido en nuestra sentencia de 7 de marzo de 2013, recurso 535/2010, decíamos:

"El Tribunal General en su sentencia de 28 de abril de 2010 en relación con la cooperación de una empresa con la autoridad de competencia, y la apreciación de dicha cooperación como circunstancia atenuante, señaló lo siguiente:

1-. Valora el contenido de la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación.

2-. En esta Comunicación se reconoce la procedencia de reducir del 10 al 50% el importe de la multa que se le habría impuesto a la empresa a falta de cooperación cuando " antes del envío del pliego de cargos una empresa facilite a la Comisión información, documentos u otros elementos de prueba que contribuyan a confirmar la existencia de la infracción", y cuando " tras recibir el pliego de cargos, una empresa informe a la Comisión de que no pone en duda la veracidad de los hechos sobre los que la Comisión funda sus acusaciones."

3-. En aquel caso la Comisión reconoció la cooperación porque "BST aportó a la Comisión elementos de prueba que le ayudaron considerablemente a demostrar las infracciones y le permitieron probarlas más fácilmente. También se cita a BTS en el pliego de cargos como una fuente importante para las conclusiones fácticas alcanzadas por la Comisión" Igualmente porque , "tras recibir el pliego de cargos, la demandante le informó de que no negaba la materialidad de los hechos en los que basó sus acusaciones".

4-. La autoridad de defensa de la competencia dispone de una amplia facultad de apreciación a la hora de valorar la relevancia y utilidad de la cooperación prestada por una empresa, en especial en comparación con las contribuciones de otras empresas (sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2007, SGL Carbón/Comisión, C-328/05 P, Rec. p. I-3921, apartado 88)

5-. El Tribunal considera que la Comisión realizó una apreciación errónea de la cooperación, y que debe en consecuencia fijarse un tipo de reducción apropiado."

Esta amplia facultad de la Dirección de Investigación posibilita la aportación de información relevante por la actora, aún cuando existiese un procedimiento sancionador anterior en el que no era parte.

QUINTO : En el siguiente motivo plantea la actora que la hoy recurrente se dedica al transporte marítimo y aéreo, pero no al terrestre, lo que diferencia a la actora de BCN ADUANAS Y TRANSPORTES S.A, no existiendo control de una empresa sobre otra, aunque compartan la misma sede social, los mismos accionistas y la misma estructura y composición de Consejos de Administración, y en la época objeto de las actuaciones administrativas un mismo Director General. Por consiguiente, considera que si no existe grupo de empresas no debe haber responsabilidad solidaria.

El motivo, con las matizaciones que haremos, ha de prosperar.

Hemos tenido ocasión de indicar, respecto de los grupos de empresa que es conocida y notoria la doctrina jurisprudencial acerca del carácter económico de los grupos empresariales en lo que cada empresa que lo integra conserva su personalidad jurídica, de la que carece el grupo, siendo esencial la existencia de una misma dirección económica (STS de la Sala Primera de 10.11.2003 , 20.5.1998 , 22.10.1988). Dichos grupos, según admite la doctrina científica, pueden presentar un vínculo *horizontal* , vertical o circular. A estos efectos el art.42 del Código de Comercio establece unos criterios para determinar cuando existe control en un grupo, si existe una dependencia vertical, sin que por tanto, sea necesario un dominio del 100% del accionariado, bastando con que sea efectivo. La Jurisprudencia también considera que la mera existencia de un grupo no justifica una responsabilidad solidaria entre las empresas que lo integran (STS 31.3.2008).

Por consiguiente, los propios datos admitidos por la actora, y a los que hemos hecho antes referencia (mismo accionariado, sede social, composición de Consejo de administración y director general), justifican, sin lugar a dudas, que hablemos de una *misma dirección económica* , y por tanto, de un grupo empresarial, con independencia de que no haya dominio de una sobre otra, toda vez que la verticalidad es un tipo, que no la única variante de la existencia de grupo empresarial, como admite la doctrina mercantilista más autorizada.

Sin embargo, y aquí discrepamos de la resolución impugnada, y daremos la razón a la

actora, la neta y rotunda separación de actividades entre BOFILL ARNÁN S .A Y BCN ADUANAS Y TRANSPORTE respecto de los sectores del transporte a los que cada una desarrolla su actividad (aéreo-marítimo) y terrestre respectivamente, impide una comunicación de responsabilidades cuando todo el procedimiento sancionador ha tenido por objeto la responsabilidad contraída en el ámbito del grupaje terrestre. Que el Director general se haya presentado en las reuniones habidas con otras empresas como director del grupo, o que las empresas compartan una misma logística y aduanas, o que puedan existir sinergias que beneficien a ambas empresas (f.1821 del expediente) son datos que por sí solos son insuficientes para declarar la responsabilidad solidaria de la hoy recurrente por la actuación desarrollada por la otra empresa del grupo en el sector concreto en que se desarrollaba las prácticas anticompetitivas. Sería necesaria una mayor comunicación de intereses y vínculos entre los dos sectores empresariales en los que actúan ambas empresas para justificar la existencia de una responsabilidad solidaria, en línea con la doctrina de la STS de 31.3.2008 (Sala 1ª), lo que no se ha acreditado en autos.

En consecuencia, debemos estimar el motivo formulado, sin necesidad de entrar en el examen de los demás motivos que formula la recurrente, lo que conlleva la estimación del recurso contencioso-administrativo, anulándose la resolución impugnada, al no ser procedente la declaración de responsabilidad solidaria de la empresa recurrente.

SEXTO : No procede imposición de costas conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, toda vez que se entiende razonable la oposición a la demanda de la Abogacía del Estado, en la medida en que se han suscitado cuestiones de derecho relevantes, como son la de noción de grupo de empresas, y la apreciación del alcance de la responsabilidad solidaria entre empresas del mismo grupo.

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

FALLAMOS

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) ha decidido:

1º.- ESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por **BOFILL & ARNAN S.A** y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Francisco Miguel Velasco Muñoz Cuellar, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la resolución de la **Comisión Nacional de la Competencia de fecha 1 de diciembre de 2011** , la cual anulamos por no ser ajustada a Derecho, en lo que constituye objeto de este recurso.

2º.- No hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales.

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.

PUBLICACION .- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Itmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia

Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de todo lo cual yo, el Secretario judicial, doy fe.