

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0269/10, TRANSITARIOS 2, empresa BCN ADUANAS Y TRANSPORTES S.L.)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 16 de julio de 2015

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/0269/10, TRANSITARIOS 2, cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2013) por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 2013 (recurso 29/2012) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.L. (BCN ADUANAS) en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 1 de diciembre de 2011 (Expediente S/0269/10 TRANSITARIOS 2).

ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

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

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

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

2. Con fecha 5 de diciembre de 2011 le fue notificada a BCN la citada Resolución contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (29/2012), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma. A su vez ese mismo día 5 se notificó la misma Resolución a BOFILL ARNÁN contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (28/2012).
3. En relación con el recurso interpuesto por BOFILL ARNÁN, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de octubre de 2013 estima el recurso anulando la Resolución en lo que a la recurrente se refiere. Dicha Sentencia fue recurrida por la Abogacía del Estado y actualmente se encuentra pendiente de Sentencia del Tribunal Supremo.
4. En cuanto a la impugnación de BCN ADUANAS, mediante Auto de 14 de marzo de 2012, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta, condicionada a la aportación de garantía en forma de aval bancario por importe de 1.184.000 €. La garantía presentada por BCN fue declarada suficiente mediante resolución de 22 de octubre de 2012.
5. Mediante Sentencia de 24 de Junio de 2013, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso (29/2012) interpuesto por BCN contra la Resolución de 1 de diciembre de 2011 en cuanto a la cuantificación de la multa. Contra ella se interpuso recurso de casación.
6. Con fecha 29 de enero de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la referida sentencia, declarando haber lugar al mismo y manteniendo la estimación parcial del recurso acordada por la Audiencia Nacional en los términos expuestos en los fundamentos jurídicos de la propia sentencia.
7. Es interesado:
 - BCN ADUANAS Y TRANSPORTES S.L.
8. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 16 de julio de 2015.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO. Habilitación competencial

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de Junio, de creación de la CNMC, la puesta en funcionamiento de la misma se iniciará a la fecha que al efecto se determine por orden del Ministro de Economía y Competitividad. Mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de Octubre, se determinó el 7 de Octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, “las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]” y “las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de Julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia se entenderán realizadas a las Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico, aprobado mediante RD 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Sobre la ejecución de sentencia de la Audiencia Nacional

Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución de la CNC de 1 de diciembre de 2011, dictada en expediente S/0269/10 TRANSITARIOS 2, impuso una multa de 1.184.000 euros de forma solidaria a BCN ADUANAS y a BOFILL ARNAN. Ambas empresas han recurrido por separado, estando la responsabilidad de BOFILL ARNAN, anulada por la Audiencia Nacional, pendiente de sentencia del Tribunal Supremo. Esta resolución tiene pues por objeto la ejecución de sentencia relativa a BCN ADUANAS.

El recurso de esta fue inicialmente estimado en parte por la Audiencia Nacional. No obstante, el criterio manifestado por dicho Tribunal fue casado mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 en la que, estimando en parte el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, mantiene la estimación parcial del recurso de la empresa recurrente y mantiene la nulidad de la multa impuesta, si bien ordena un recálculo según los criterios expuestos en su fundamentación jurídica, que difiera de la expuesta por la Audiencia Nacional. La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Supremo dispone, en particular:

“Segundo.- Procede mantener la estimación parcial, acordada por la Sala de instancia, del recurso contencioso administrativo número 29/2012, interpuesto por “BCN Aduanas y Transportes, S.A.” contra la resolución de la Comisión Nacional

de la Competencia de fecha 1 de diciembre de 2011 (expediente S/0269/10), en cuanto declara la nulidad de la sanción de multa impuesta y ordena a la referida Comisión (actualmente la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que la imponga conforme a Derecho. A estos efectos, el cálculo de la multa deberá hacerse por aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 según los términos expuestos en los fundamentos jurídicos de esta sentencia.”

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

Para la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo y la imposición de la sanción correspondiente a BCN ADUANAS hay que partir de los hechos acreditados que se imputan a dicha empresa en la Resolución de 1 de diciembre de 2011, que han sido corroborados por la Audiencia Nacional y no fueron objeto de recurso de casación, tal y como afirma el Tribunal Supremo en el FD 2º de su Sentencia.

La Resolución del Consejo de la CNC de 1 diciembre de 2011 motivó la determinación de la multa que impuso solidariamente a BCN ADUANAS y a BOFILL ARNAN de la siguiente manera:

“(…) Dado que a BCN y BOFILL ARNÁN se les imputa la misma conducta por la que se ha sancionado a otras empresas en el S/0120/08, procede tener en cuenta los mismos criterios que allí se aplicaron para el cálculo de la sanción.

Para el cálculo del importe básico de la sanción procede tomar el volumen de facturación de estas empresas en el ámbito de los servicios transitarios terrestres en el ámbito del grupaje (cargas inferiores a 3.000Kg) con origen en España y destino la UE durante el periodo objeto de la infracción.

A este respecto, se toma como base la información aportada por BCN en el informe de procedimientos acordados realizado por empresa auditora que contiene el desglose de su facturación en los años 2001 a 2008. Se ha tenido en cuenta la facturación por las operaciones de Transporte terrestre con origen en España y destino la Unión Europea, de menos de 3,000 Kg. o sin peso.

En el caso de BOFILL ARNAN S.A., el Consejo asume que no realiza facturación en el ámbito del grupaje terrestre. Por ello, no se ha considerado necesario practicar la prueba propuesta por la parte consiste en realizar una revisión de su contabilidad para confirmarlo.

Por tanto, los volúmenes de facturación considerados para el cálculo del importe de la sanción son los siguientes.

| 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 |
|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| 1.639.453 € | 2.473.492 € | 2.993.811 € | 3.919.284 € | 4.072.164 € | 4.453.713 € | 4.756.889 € | 3.935.920 € |

Atendiendo a la naturaleza muy grave de la infracción, se ha aplicado a estos importes un porcentaje del 10%, ponderando en función de los años como ya se

hiciera en el expediente S/0120/08 TRANSITARIOS. De ello resulta una sanción por importe de 1.184.000 euros.”

3.1. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

Conforme a la sentencia del Tribunal Supremo¹, el proceso de determinación de la multa debe necesariamente ajustarse a las siguientes premisas.

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. La Sala señala que dichos límites *“constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje”* y continúa exponiendo que *“se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”*
- Sobre dicha base, concluye el Tribunal que la metodología de cálculo que subyace en la *Comunicación 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* (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009, y que utiliza la interpretación del artículo 63.1 de la LDC como un umbral o límite extrínseco, no resulta aceptable.
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *“lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban*

¹ También, en idéntico sentido, dos sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras de fecha posterior.

reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción”. Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se refiere.

- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme a los criterios del artículo 64.1 de la LDC, esto es, entre otros, *“a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.”*

- Por último, el FD 9º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados. Así, señala en particular que el artículo 64 enumera criterios que *“inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados.”* Añade más adelante que *“las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades económicas [...] han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas.”*

3.2. Criterios generales e individuales para la determinación de la sanción

La infracción que acredita la resolución de 1 de diciembre de 2011 (y confirman los Tribunales) de la que es responsable BCN ADUANAS es una infracción muy grave (art. 62.4.a) y que por tanto podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), en este caso 2010.

Consta en el expediente que el 24 de enero de 2011, BCN ADUNAS presentó su volumen total de negocios del año 2010, siendo este de 21.311.876 € (folio 171). Teniéndose en consideración esta cifra aportada, el porcentaje a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la resolución de 1 de diciembre de 2011 (S/0269/10) e indirectamente en la de 31 de julio de 2010 (S/0120/08).

El mercado afectado por la infracción se ha definido como el de la expedición de mercancías por carretera con origen en España y destino en otro país de la Unión Europea, en el ámbito del grupaje (“*transporte de cargas de hasta 3000 kg, con cierta estandarización en su organización, con salidas semanales a punto concretos, pero sin necesidad de una recogida diaria*”, cuyas tarifas se fijan en función de su destino y peso) por ser el ámbito en el que, tal y como se afirma en la Resolución, la infracción tiene mayor aptitud para afectar a los clientes. Conviene tener en cuenta que el transporte de mercancías constituye un sector económico de una gran importancia estratégica para la industria y el comercio².

La conducta ha sido definida³ como un cártel estable (se ha acreditado su operación durante 8 años) que ha afectado “*a un negocio crucial para la competitividad de la economía española y para el abastecimiento de los mercados nacionales*” y que está protagonizado por importantes oferentes de este tipo de servicios. Durante un prolongado periodo de tiempo, diversas empresas –entre las que se encuentra BCN ADUANAS–, operadores relevantes en el sector, han coordinado sus estrategias competitivas en cuanto a repercusión de costes, actualización de tarifas y contratación de trabajadores.

Tal y como se determinara en el expediente S/0120/08, el inicio de las conductas se sitúa en octubre del 2000, y se ha extendido, al menos, hasta el 18 de noviembre de 2008, fecha en que se notificó la incoación del expediente S/0120/08 *Transitarios*. Dicha duración es también la imputada a BCN ADUANAS en el expediente S/0269/10 *Transitarios 2*⁴. En particular, en el expediente queda acreditado en el expediente que el Director General de BCN ADUANAS participó en nombre de esta empresa en las reuniones y acuerdos del cártel durante los 8 años en los que se extiende la infracción.

Se ha acreditado la efectiva aplicación de los acuerdos adoptados, así como el seguimiento de su cumplimiento por parte de las empresas del cártel durante toda su vigencia a través de las reuniones de seguimiento e intercambios de cartas-tipo, faxes y correos electrónicos. Se ha constatado, además, una intensidad notable de las reuniones (42 durante todo el periodo de infracción)⁵.

Por lo que respecta al mercado geográfico, tanto las autoridades comunitarias como nacionales de competencia han considerado que el mercado del transporte internacional terrestre y el de sus actividades auxiliares, entre las que se encuentran las transitarías, es de ámbito nacional, lo que no impide que se produzca una afectación apreciable al comercio comunitario y por tanto se reconozcan efectos transfronterizos de la conducta:

² Hecho Probado 1º de la Resolución de 1 de diciembre de 2011, S/0269/10 *Transitarios 2*.

³ Resolución de 31 de julio de 2010, S/0120/08 *Transitarios*.

⁴ Hechos Probados 5º y 6º de la resolución de 1 de diciembre de 2011, S/0269/10 *Transitarios 2*.

⁵ Hechos Probados 5º y 6º de la resolución de 1 de diciembre de 2011, S/0269/10 *Transitarios 2*.

La conducta imputada se refiere a servicios de organización y planificación del transporte de mercancías de terceros, o de expedición de carga que tienen que ver con el tránsito aduanero o, al menos, transnacional. En definitiva, estamos ante una actividad económica transfronteriza que necesariamente repercute, por lo menos, en dos Estados miembros. De ella depende una parte significativa de las exportaciones e importaciones de mercancías a España.⁶

Como consecuencia de la conducta, se redujo la incertidumbre sobre el comportamiento de los competidores, lo que permitió no sólo un control mayor sobre el precio final sino una mejor posición negociadora frente a los clientes, que vieron disminuida su capacidad de elección y eliminados los beneficios que la competencia entre dichas empresas de transporte les podría haber reportado en innovación, calidad o precio. El hecho de que el cartel se haya centrado concretamente sobre el grupaje (transporte de cargas de hasta 3.000 kg, con cierta estandarización en su organización, con salidas semanales a punto concretos, pero sin necesidad de una recogida diaria) lleva a la conclusión de que el mismo estaba orientando a las necesidades de un tipo específico de clientes, en su mayor parte pequeñas y medianas empresas con escaso o nulo poder de negociación. Parece indudable que como consecuencia de los acuerdos el precio de los servicios transitarios se incrementó de manera artificial, afectando directamente a los clientes de las empresas participantes en el cártel e, indirectamente, a los consumidores y al interés público general.

En efecto, en los Exptes. S/0120/08 *Transitarios* y S/0269/10 *Transitarios 2* constan datos que permiten conocer la variación media de precios que habría sido producida por el cártel si todas las empresas participantes hubieran cumplido los acuerdos. En la siguiente tabla se recogen ordenadamente las subidas de precios pactadas a lo largo de las reuniones mantenidas en el período de duración del cartel. Como ha quedado acreditado en estos expedientes, en las distintas reuniones se fijaban unas horquillas de precios y después cada empresa aplicaba un incremento de precios concreto a sus clientes dentro de esos márgenes. Las subidas de precios pactadas tuvieron tres justificaciones: el incremento general de tarifas (IGT) relacionado o no con la inflación (IPC), incremento de tarifas debido a aumentos del coste de los carburantes (ICC) y la introducción de una tasa o peaje por parte del gobierno alemán a las empresas de transporte (MAUT) que solo dio lugar a subidas de precios en 2005.

| AÑO | REUNION | IGT (1) | ICC (2) | MAUT |
|------|------------|------------|------------|------|
| 2000 | 03/10/2000 | 2,5%-3% | 5%-8% | |
| 2002 | 14/11/2002 | 3,5% (IPC) | Sin cambio | |
| 2003 | 11/11/2003 | 2,5%-2,9% | Sin cambio | |
| 2004 | 13/09/2004 | | 2,5%-3,5% | |
| | 13/12/2004 | 3,4%-3,6% | | 4,5% |
| 2005 | 14/09/2005 | 3% (IPC) | 3,50%* | |

⁶ Página 86 Resolución de 31 de julio de 2010, S/0120/08 *Transitarios*.

| | | | |
|-------------|------------|------------|------------|
| | 16/11/2005 | | |
| 2006 | 04/09/2006 | 2,6% (IPC) | Sin cambio |
| 2007 | 18/12/2007 | 4,1% | Sin cambio |

Los criterios generales apuntados hasta aquí aconsejan situar el valor porcentual de la sanción en el tramo medio dentro de la escala que el artículo 63.1.c de la LDC establece para las infracciones muy graves, y que tiene como máximo el 10% del volumen de negocios total de la empresa.

Sin embargo, la sanción que se imponga a BCN ADUANAS, de acuerdo con las indicaciones de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, debe individualizarse en función de las concretas circunstancias de la infracción cometida por esta empresa. A tal efecto, resulta especialmente relevante tomar en consideración la facturación de esta empresa en el mercado afectado por la conducta (art. 64.1.a) durante los años en los que ésta tuvo lugar (art. 64.2.d), esto es, entre 2001 y 2008, que asciende a un importe total de 28.244.726 €⁷. Por otra parte, hay que considerar que el mercado afectado por la infracción de BCN ADUANAS supone un 4,8% del total del mercado afectado por el cártel sancionado en los Exptes. S/0120/08 *Transitarios* y S/0269/10 *Transitarios 2* (significativamente por debajo del porcentaje medio de participación en la infracción de las otras empresas, que apenas superaba el 11%). Por último, hay que tener en cuenta que su volumen de negocios total en 2010 supuso solo un 1,1% del total de negocio de las empresas infractoras. Es decir, si bien su participación en la infracción ha sido relativamente reducida en términos relativos, la intensidad de su implicación en el cártel ha sido especialmente elevada en proporción a su tamaño, lo que obliga a matizar la relevancia para la sanción de la reducida cuota de participación en la infracción.

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que el tipo sancionador en el que debe quedar fijado el importe de la multa debe ser del 3,0% de su volumen de negocios total en 2010, lo que supone una sanción de 639.356 euros.

El pronunciamiento derivado de esta resolución se entiende sin perjuicio del resultado del recurso interpuesto por BOFILL ARNAN contra la resolución de 1 de diciembre de 2011, pendiente de resolverse por el Tribunal Supremo (según lo señalado en el AH 3).

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la CNMC en Sala de Competencia

⁷ Es la suma de los importes que constan en el FD 7º de la resolución de 1 de diciembre de 2011, que se han reproducido anteriormente, y que la empresa aportó al expediente mediante escrito de alegaciones de fecha 25 de marzo de 2011 (folio 181 y 182 del expte. S/0269/10 *Transitarios 2*). Aunque la conducta ilícita sancionada en la Resolución de 1 de diciembre de 2011 se desarrolló desde el 3 de octubre de 2000 hasta noviembre de 2008, el importe referido incorpora solo los datos desde 2001.

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a BCN ADUANAS Y TRANSPORTES S.L., en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de Junio de 2013 (Recurso 29/2012), casada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2013), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 1 de diciembre de 2011 (Expte. S/0269/10, TRANSITARIOS 2), la multa de **639.356 €**

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a las partes interesadas haciéndoles saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio.

VOTOS PARTICULARES

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a esta RESOLUCIÓN aprobada en el día de hoy, en el marco de Expediente VS/0269/10 TRANSITARIOS 2.

PRIMERO.- ANTECEDENTES.-

1º El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, el día 1 de Diciembre del 2011, dictó una Resolución en el marco del Expediente Sancionador S/0269/10 TRANSITARIOS en cuya Parte Dispositiva acordaba

“RESUELVE

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 ARNAN 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 ARNAN 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.

2º El día 24 de Junio del 2013, la Ilma. Sección Sexta de la Audiencia Nacional, en el marco del Recurso Contencioso-Administrativo 29/2012 interpuesto por **BCN ADUANAS Y TRANSPORTES S.A.**, pronunciaba Sentencia en cuya Parte Dispositiva

“FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por **BCN ADUANAS Y TRANSPORTES S.A.**, (...) sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 1 de diciembre de 2011, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la cuantificación de la multa y, en consecuencia, **debemos anularla, ordenando** a la CNC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación **DEBIDAMENTE MOTIVADOS**, confirmando la Resolución en sus restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas.

3º El día 14 de Octubre del 2013, la Ilma. Sección Sexta de la Audiencia Nacional, en el marco del Recurso Contencioso-Administrativo 28/2012 interpuesto por **BOFILL & ARNAN S.A.**, pronunciaba Sentencia en cuya Parte Dispositiva

“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.**, (...) 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.

Previamente a ello, en su Fundamentación Jurídica establecía, entre otros, los siguientes pronunciamientos

QUINTO.- En el siguiente motivo plantea la parte actora que la hoy recurrente se dedica al transporte **marítimo y aéreo pero no al terrestre (...)** Por consiguiente considera que si no existe grupo de empresas **no debe haber responsabilidad solidaria.**

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**).

(...) 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 ARNAN S.A., y BCN ADUANAS Y TRANSPORTES S.A., respecto de los sectores del transporte a los que cada una desarrolla su actividad (aéreo-marítima 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 (...)** son datos que por sí solos son insuficientes para declarar la responsabilidad solidaria (...). 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 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.

4º El día 29 de Enero del 2015, la Excm. Sala Tercera del Tribunal Supremo, de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) en el marco del Recurso de Casación 2872/2013 interpuesto por la **ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO** pronunciaba Sentencia en cuya Parte Dispositiva

“FALLAMOS

PRIMERO.- Ha lugar al recurso de casación (...) tan sólo en lo que se refiere a la interpretación que el tribunal de instancia hace de la expresión “volumen de negocios” inserta en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007.

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

5º Finalmente, en el día de hoy, esta Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha aprobado esta Resolución, en cuya Parte Dispositiva

“HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a **BCN ADUANAS Y TRANSPORTES S.L.**, en ejecución de Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de Junio de 2013 (Recurso 29/2012), casada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Enero de 2015 (recurso 2872/2013) y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 1 de diciembre de 2011 (Expte S/0269/10 TRANSITARIOS 2) **la multa de 639.356 €.**

DISCREPANCIA que desarrollo en los siguientes **MOTIVOS**

PRIMERO.- La inicial Resolución Administrativa de 1 de Diciembre del 2011 de la Comisión Nacional de la Competencia, como la Sentencia pronunciada el día 24 de Junio del 2013 por la Ilma. Sección Sexta de la Audiencia Provincial (Recurso 29/2012), como la Sentencia de 29 de Enero del 2015 por la Excma. Sala Tercera del Tribunal Supremo en el marco del Recurso de Casación 2872/2013 referidas todas a **BCN ADUANAS Y TRANSPORTES S.A.**, siguen manteniendo el concepto de responsabilidad solidaria en orden al pago de la multa que le fuera impuesta en aquel entonces.

Es obvio que está pendiente de Sentencia el Recurso de Casación interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO ante la Excma. Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Es obvio que ambas entidades mercantiles, a día de hoy mantienen una decisión (administrativa y judicial) de responsabilidad solidaria para hacer frente al pago de la sanción que les fuera impuesta.

Y finalmente, es obvio que este Expediente de Vigilancia o de Ejecución de Sentencia no tiene apremios de caducidad, por lo que siguiendo los principios doctrinales y jurisprudenciales de **oportunidad y prudencia**, hubiera sido más acorde a Derecho haber esperado al pronunciamiento de la Excma. Sala Tercera del Tribunal Supremo, **por cuanto ambas entidades mercantiles y ambos pronunciamientos traen igual causa antecedente y están inexorablemente unidas por lo que finalmente se resuelva.**

Tal acontecer, a mi entender, no lo salva el párrafo añadido finalmente al decir que **“el pronunciamiento derivado de esta resolución se entiende sin perjuicio del resultado del recurso interpuesto por BOFILL ARNAN contra la resolución de 1 de diciembre de 2011, pendiente de resolverse por el Tribunal Supremo (según lo señalado en el AH 3)”**.

Y en relación con este párrafo finalmente añadido y como **“simple anécdota”** decir que el recurso de casación interpuesto ante la Excma. Sala Tercera **lo ha sido por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO** y no por BOFILL ARNAN S.A.

SEGUNDO.- Pero habida cuenta que esta SALA DE COMPETENCIA ha decidido entrar a conocer y resolver ahora este Expediente, **de conformidad con lo resuelto en la Sentencia de 14 de Octubre del 2013 Recurso Contencioso-Administrativo 28/2012 a la vista de lo establecido en el Fundamento Jurídico Quinto DEBERÍA haber declarado expresamente la imposibilidad de sancionar a BCN ADUANAS Y TRANSPORTES S.A., por**

- a) *dado que el ámbito de actuación de las conductas examinadas, inspeccionadas y sancionadas lo ha sido el del llamado **Grupaje Terrestre**,*
- b) *dado que BCN ADUANAS Y TRANSPORTES S.A., actúa en otro ámbito al inspeccionado, examinado y sancionado,*
- c) *dado que en la Sentencia que citamos, de manera cierta, indubitada y fehaciente se descarta la interrelación y condena de una responsabilidad solidaria,*
- d) *dado que Ilma. Sala no lo ha entendido así y dado que ha asumido el motivo del Recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por Bofill&Ardan S.A.,*

esta SALA DE COMPETENCIA viene obligada e impelida a cumplir en sus justos y expresos términos la Sentencia así dictada y EXONERAR a BOFILL & ARNAN S.A., por falta de legitimación, “por cuanto si bien es parte de un Grupo de Empresas, ello no justifica per se estar incurso en una co-responsabilidad solidaria e impide una comunicación de responsabilidades cuando todo el procedimiento sancionador ha tenido por objeto la responsabilidad contraída en el ámbito del Grupaje Terrestre”.

TERCERO.- En orden al cálculo de la sanción impuesta entiendo que la misma carece de la motivación necesaria, **exigida por la Ilma. Sección Sexta de la Audiencia Nacional** (Recurso Contencioso-Administrativo 29/2012) en tanto que punto de partida de esta Resolución aprobada en el día de hoy **al decir indubitada y fehacientemente que**

*“(....) ordenando a la CNC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación **DEBIDAMENTE MOTIVADOS** (....)*

Discrepancia que entiendo vulnera dicho mandato, en tanto que fundamentado en preceptos normativos que le son de aplicación (Ley 30/1992) y en aras a dar cumplimiento a los principios constitucionales de seguridad jurídica y legalidad ex Artículo 9 en armonía y concordancia con el Artículo 24.1 ambos de la Constitución Española, a fin de que no se produzca indefensión, esta SALA DE COMPETENCIA viene impelida a **motivar debidamente.**

Discrepancia por cuanto el montante final de la multa impuesta, **€uros 639.356** no viene adjetivado como **responsabilidad solidaria** que ciertamente mantiene la Sentencia de 24 de Junio del 2013 dictada por la Ilma. Sección Sexta de la Audiencia Nacional (Recurso Contencioso-Administrativo 29/2012), y la posteriormente confirmada por la Excma. Sala Tercera del Tribunal Supremo (Recurso de Casación 2872/2013).

Discrepancia por cuanto, dada la cuantificación de la sanción hoy acordada, vulnera ítem más el principio de la **reformatio in peius**.

Así, por este MI VOTO PARTICULAR DISCREPANTE lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, fecha ut supra.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero D. Benigno Valdés Díaz a la presente Resolución, aprobada en la Sesión Plenaria de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día 16 de julio de 2015, en el marco del Exp. VS/0269/10 TRANSITARIOS 2, empresa BCN ADUANAS Y TRANSPORTES S.L.

Mi discrepancia se explicita de este modo:

PRIMERO.- La *Resolución* dedica el Fundamento Jurídico TERCERO (pág. 4-9) a determinar el monto de la multa. Esa determinación está asentada en una doctrina sancionadora de la que discrepo profundamente. Sobre ello he escrito en mi *Voto Particular* en la *Resolución del Expediente S/0469/13 FABRICANTES DE PAPEL Y CARTÓN ONDULADO*, voto al que me remito pues es sobre la base de esa discrepancia doctrinal que puede comprenderse lo que a continuación expongo.

En la presente *Resolución* es imposible saber cómo se ha llegado a la multa impuesta; imposible no ya para los sancionados, sino para mí –una situación con la que, por razones obvias, me encuentro muy incómodo. Ignoro absolutamente por qué procedimiento se ha llegado a concluir que el porcentaje sancionador adoptado (el 3%) es el resultado de aplicar la jurisprudencia emanada del TS (por todas, STS de 29 de enero de 2015, *Recurso de Casación Núm. 2872/2013*).

En el citado *Voto Particular* en la *Resolución del Expediente S/0469/13 FABRICANTES DE PAPEL Y CARTÓN ONDULADO* expuse una diferencia doctrinal con la mayoría de la SALA que ha aprobado la presente *Resolución* a propósito de la aplicación de la mencionada jurisprudencia al específico caso de los cárteles (como el que ahora nos ocupa). Puesto que esa diferencia doctrinal y su relevancia para entender mi discrepancia con la presente *Resolución*, está expuesta en el citado *Voto Particular*, a ella remito, dándola por reproducida a los efectos que ahora nos ocupan.

SEGUNDO.- Al margen de lo expuesto en el apartado anterior, la *Resolución* me plantea una duda que la mayoría de la SALA que ha aprobado la presente *Resolución* no me ha resuelto.

Se trata de lo siguiente: El caso que nos ocupa tiene su origen en la *Resolución* de 1 de diciembre de 2012, Expediente S/0269/10 TRANSITARIOS 2, de la extinta CNC. En esa *Resolución*, se declaró responsables solidarios de la infracción analizada a BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.L. y a BOFILL ARNÁN, S.A., y se les impuso «solidariamente el pago de una multa por importe de 1.184.000 euros». BOFILL ARNÁN, S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la *Resolución* y la AN la anuló en lo que a la recurrente se refiere.

Si nada más hubiera ocurrido, es lógico entender que en ese punto BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.L. habría pasado a ser la responsable única de la multa impuesta por la CNC. Sin embargo, ocurrió que la propia CNC interpuso recurso de casación contra la sentencia de la AN. Dicho recurso está pendiente de Sentencia por el TS. Así pues, la Sentencia de la AN no es firme.

¿Significa esto que BOFILL ARNÁN, S.A. está a día de hoy exonerada de la responsabilidad solidaria del pago de la multa? Porque si no es así, la multa de 639.356 euros impuesta a BCN ADUANAS en la presente *Resolución* no es acorde con la prohibición de «*reformatio in peius*» –como definitivamente no lo será si el TS atiende el recurso de la propia CNC–.

Por ello, *aunque sea posible ejecutar la Sentencia de la AN*, no comparto la prisa de la mayoría de la SALA por hacerlo, pues –que esta SALA sepa– BCN ADUANAS Y TRANSPORTES S.L. no ha mostrado interés en lo contrario.

TERCERO.- Por lo anterior –y fundamentalmente por lo expuesto en el apartado PRIMERO– no puedo, **en conciencia**, respaldar la presente *Resolución*.

Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 17 de julio de 2015.