

RESUMEN RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA CNC DE 1 DE DICIEMBRE DE 2011 (EXPTE. S/0269/10 TRANSITARIOS 2)

1. ANTECEDENTES

Este expediente tiene su origen en un Acuerdo dictado por el Consejo de la CNC en el marco de la resolución del expediente sancionador S/0120/08 Transitarios en el cual se consideró acreditada la existencia de una conducta colusoria prohibida por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, y declaró responsables de dicha infracción a ABX LOGISTICS ESPAÑA, S.A. (actualmente denominada, DSV AIR & SEA, S.A.), DHL EXPRESS BARCELONA SPAIN, S.A y su matriz DEUTSCHE POST AB, RHNUS LOGISTICS, S.A., SALVAT LOGÍSTICA, S.A., SPAIN-TIR TRANSPORTES INTERNACIONALES, S.A., TRANSNATUR, S.A. y TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR, S.L.

Además de las empresas señaladas, dicho expediente había sido incoado por la DI contra BOFFIL ARNÁN, S.A., grupo empresarial compuesto por las empresas BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.A. y BOFILL & ARNÁN LOGÍSTICA INTERNACIONAL, imputando la DI la conducta infractora a BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.A. (BCN), dado que dicha empresa opera en el mercado de las actividades transitarias terrestres.

Sin embargo, mediante Acuerdo de 19 de mayo de 2010 el Consejo de la CNC acordó interesar a la DI la incoación de procedimiento administrativo sancionador contra las empresas BCN y BOFILL ARNÁN, S.A. (B&A), aun reconociendo la evidente relación entre el accionariado y miembros de los órganos de dirección de ambas empresas. El Consejo consideró que se trataba de dos personas jurídicas distintas cuya responsabilidad administrativa en las conductas presuntamente infractoras debía dilucidarse en el marco de un procedimiento en el que pudieran ejercitar, en toda su extensión y con observancia de todas las garantías legalmente reconocidas, el derecho de defensa que les asiste. Por ello el 25 de mayo de 2010 la DI incoó el expediente sancionador S/0269/10 Transitarios 2, contra BCN y B&A.

El 1 de diciembre de 2011 el Consejo de la CNC dictó Resolución en el Expte. S/0269/10 Transitarios 2.

2. CONTENIDO RESOLUCIÓN

En la resolución se indica que B&A y BCN comparten el mismo accionariado, sede, composición de sus órganos de administración y Director General, mencionándose la página web oficial que comparten y en la que se indica expresamente que BCN forma parte del grupo BOFILL & ARNAN, así como que B&A y BCN comparten los mismos departamentos de Aduanas y Logística con independencia del tipo de negocio desarrollado: aéreo, marítimo o terrestre.

En la Resolución se indica que el objeto del procedimiento es determinar si B&A y BCN han tomado parte en las conductas colusorias desarrolladas entre los años

2000 y 2008 por una serie de empresas que realizan actividades del negocio transitario terrestre y que fueron sancionadas por el Consejo de la CNC en su Resolución de 31 de julio de 2010 (S/0120/08).

Tiene especial interés el Fundamento de Derecho Sexto referente a la “*Responsabilidad de los infractores*”. B&A niega su participación en los hechos porque su actividad no coincide con el transporte terrestre, indicando que hay contradicciones en la imputación, ya que la DI basa su argumentación en el expediente S/0120/08 en que B&A y BCN son parte de un mismo grupo y el Consejo de la CNC en que son dos empresas independientes.

Para las partes, no se entendería que se impusiese la misma sanción a empresas que no constituyen grupo alguno y que no comparten objeto social, y, además, no cabe imponer una sanción a B&A puesto que no realiza volumen alguno de ventas en el negocio transitario terrestre.

Para el Consejo de la CNC no existe inconsistencia entre lo manifestado por la DI y el Consejo de la CNC en su Acuerdo de 19 de mayo de 2010 ya que éste se limita a señalar que, a pesar de que es evidente la relación entre el accionariado y miembros de los órganos de dirección de BCN y B&A, son dos personas jurídicas distintas cuya respectiva responsabilidad administrativa en las conductas analizadas, caso de existir, debe dilucidarse atendiendo a la intervención que cada una de ellas ha tenido en los hechos imputados. Es cierto que la doctrina nacional y comunitaria señala que ante una relación accionarial de claro control entre dos empresas, la unidad de acción y, por tanto, la responsabilidad de la matriz respecto de la conducta de la filial puede presumirse, salvo prueba en contrario.

Pero también entiende la doctrina que, incluso cuando una empresa del grupo no controla accionarialmente a otra, también puede existir unidad económica o de acción entre empresas que presenten cierta relación accionarial, caso que puede ser el de las denominadas “*compañías hermanas*”. Esto es, “*las que tienen el mismo accionariado sin que una tenga control aparente sobre la otra*”, en los que “*puede existir unidad de acción económica, ya sea por control de facto o estrecha coordinación, que haga que deban ser considerados como grupo al menos a los efectos del derecho de la competencia*”. Se traslada por el Consejo de la CNC a su Resolución el punto 66 de la Sentencia del TPI de 20 de marzo de 2002, asunto T-9/99 HFB y otros contra la Comisión:

Sin embargo, continúa el Consejo de la CNC su argumentación, en ausencia del control accionarial jerarquizado, la unidad económica no puede presumirse a efectos de atribución de las responsabilidades que correspondan. De ahí que la doctrina jurisprudencial del TJUE sostenga que para que pueda imputarse a las compañías hermanas con el mismo grado de responsabilidad no basta con que estén participadas por las mismas personas (Sentencia del TJUE de 2 de octubre de 2002, asunto C-196/99 P Aristrain/Comisión), sino que tienen que darse elementos adicionales que la prueben y que dichos elementos dependerán de las circunstancias del caso.

Así el Consejo de la CNC indica que la jurisprudencia ha tenido en cuenta reiteradamente como tal elemento “*el desempeño por una misma persona física de*

las funciones de dirección, el que esta persona represente a las empresas hermanas en las reuniones del cártel y que el cártel considere como un mismo participante a ambas empresas (ver entre otras Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2005, asuntos acumulados C-198/02 P, C-202/02; C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P Dansk Rørindustri/Comisión)". Este es el caso de B&A y BCN cuyo Director General es común para ambas empresas, y participó en las conductas en nombre de las dos.

Además el Consejo considera acreditado que el Director General *"asistía a las reuniones y participaba en los acuerdos en representación de los intereses de ambas empresas, más exactamente, de ese autodenominado Grupo BOFILL ARNAN"*. Porque, de hecho, en contra de lo alegado por las partes, B&A y BCN tratan de dar a terceros una imagen de grupo de empresas y de unidad de acción.

Así se desprende de su página web, de su autodenominación de grupo ofertando un servicio integrado a clientes, que mantiene en sus cartas para anunciar las subidas de precios y que se firman siempre como BCN/Grupo BOFILL ARNAN. Igualmente esta es la percepción del resto de empresas del cártel, que en ningún momento en sus correos y relaciones con el Director General en cuestión dan a entender que su participación se limita a BCN, sino que es el Grupo BOFILL ARNAN quien toma parte en esta coordinación.

De ahí que, una vez acreditada una infracción del artículo 1 de la LDC y artículo 101 del TFUE de la que son responsables solidarias BCN y B&A consistente en la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio el Consejo de la CNC les impone solidariamente el pago de una multa por un importe de 1.184.000 euros.