**Id. Cendoj:** 28079230062020100001

**ECLI:** ES:AN:2020:2

**ROJ:** SAN 2/2020

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

**Sede:** Madrid

**Sección:** 6

**Nº de Resolución:**

**Fecha de Resolución:** 18/02/2020

**Nº de Recurso:** 658/2015

**Jurisdicción:** Contencioso

**Ponente:** RAMON CASTILLO BADAL

**Procedimiento:** Procedimiento ordinario

**Tipo de Resolución:** Sentencia

**Idioma:**

Español

***A U D I E N C I A N A C I O N A L***

***Sala de lo Contencioso-Administrativo***

***SECCIÓN SEXTA***

***Núm. de Recurso:* 0000658 */* 2015**

***Tipo de Recurso:* PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

***Núm. Registro General:* 05770/2015**

***Demandante:* ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE BAJO TEMPERATURA DIRIGIDA (ATFRIE)**

***Procurador:* D. RAFAEL PALMA CRESPO**

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

***Codemandado:* TRANSPORTES CAUDETE, S.A. Y TRANSPORTES MAZO HERMANOS, S.A.**

***Abogado Del Estado***

***Ponente IImo. Sr.:* D. RAMÓN CASTILLO BADAL**

**S E N T E N C I A Nº:**

**IIma. Sra. Presidente:**

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a dieciocho de febrero de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 658/15 promovido por el Procurador D. Rafael Palma Crespo, en nombre y representación de la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE BAJO TEMPERATURA DIRIGIDA (ATFRIE** ). contra la resolución de 25 de junio de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 200.000 ¤. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

**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 de ésta Sala, se dicte sentencia por la que se acuerde estimar el presente recurso Contencioso- Administrativo y en consecuencia:

*"se declare la nulidad de la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia recaída en el Expediente S/4 54/12 Transporte Frigorífico, por vulneración del principio a la presunción de inocencia al no existir pruebas de la comisión de conductas anticompetitívas en la que haya participado esta parte o estar las mismas prescritas.*

*En su caso, que se declare la caducidad del expediente sancionador y, consiguientemente, que se anule el procedimiento administrativo seguido y que se recurre en el presente acto.*

*Asimismo, que se declare la nulidad de la entrada domiciliaría que se realizó por el equipo de la CNMC dirigido por Don Carlos María en el domicilio de lURISLOG, COOP. V. expulsando del procedimiento todos los documentos, tanto físicos como electrónicos, que se recabaron en la misma.*

*Todo ello con expresa imposición de las costas a la Administración demandada.*

*Subsidiariamente, en atención al principio de proporcionalidad se rebaje el importe de la sanción al tramo más bajo del grado mínimo. "*

**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.

**TERCERO** .- En virtud de Auto de 23 de mayo de 2016, se declaró pertinente la documental pública propuesta por la parte recurrente, teniendo por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo, así como los documentos acompañados con el escrito de interposición de recurso y los acompañados con el escrito de demanda sin prejuzgar sobre su valoración a efectos probatorios. Asimismo, se fijó fecha para la comparecencia del testigo propuesto.

**CUARTO.-** Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

**QUINTO.-** Seguidamente, mediante providencia de 8 de enero de 2020, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 15 de enero de 2020, en que tuvo lugar

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Ramón Castillo Badal, quien expresa el parecer de la Sala.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO** .- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 25 de junio de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 200.000 ¤. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 , 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente *"S/0454/12 TRANSPORTE FRIGORÍFICO"* , era del siguiente tenor literal:

*PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 , del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del TFUE , en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución.*

*SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Séptimo, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:*

*ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE BAJO TEMPERATURA DIRIGIDA*

*(...).*

*TERCERO.- imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:*

*ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE BAJO TEMPERATURA DIRIGIDA: 200.000 euros*

*QUINTO.- Instar asimismo a la Dirección de Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.."*

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1) A través de varios correos electrónicos remitidos en octubre de 2011 y octubre de 2012, la Dirección de Investigación de la antigua CNC tuvo conocimiento de la existencia de una serie de prácticas presuntamente anticompetitivas en el sector del transporte frigorífico nacional e internacional de mercancías por carretera, consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales.

En consecuencia, los días 11 y 12 de diciembre de 2012, la CNC realizó inspecciones en las sedes de la Asociación Regional de Empresas de Transporte Interior e Internacional de Mercancías (ARETRAIN), la Federación Regional de Organizaciones Empresariales de Transporte de Murcia (FROET), la Asociación Transporte Internacional por Carretera (ASTIC), la asociación sectorial ATFRIE y las empresas SUDITRANS, S.L. (SUDITRANS), ARNEDO MEDINA VALENCIA, S.A. (ARMESA). Asimismo, requirió a varias empresas información relativa a su estructura de propiedad, cargos directivos, objeto social, el mercado de transporte frigorífico de mercancías por carretera y su presencia en el mercado, listado de los precios de servicios de transporte frigorífico de mercancías por carretera hacia los principales destinos nacionales e internacionales para los ejercicios 2000 a 2012 y si en dichos años habían realizado alguna reducción en su flota de camiones o modificación en la metodología y forma de facturación.

2) El 13 de marzo de 2013, la CNC realizó nuevas inspecciones en las sedes de las empresas TRANSPORTES CAUDETE, S.A. (CAUDETE), TRANSPORTES ANTONIO BELZUNCES, S.A. (BELZUNCES) y T.CARLOS, requiriendo a varias empresas información relativa a su estructura de propiedad y control, identificación de sus principales cargos directivos, objeto social, informes públicos sobre el mercado de transporte frigorífico de mercancías por carretera, listado de precios de servicios de transporte frigorífico de mercancías por carretera hacia los principales destinos nacionales e internacionales para los ejercicios 2000 a 2012 y si entre 2000 hasta 2012 habían realizado alguna reducción en su flota de camiones o modificación en la metodología y forma de facturación.

3) Con fecha 1 de julio de 2013, la DI acordó la incoación de un expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989 , en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE , por posibles prácticas anticompetitivas consistentes en la fijación de los precios y las condiciones comerciales del transporte frigorífico nacional e internacional de mercancías por carretera contra la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE BAJO TEMPERATURA DIRIGIDA y las siguientes siete empresas: ARNEDO MEDINA VALENCIA, S.A., PRIMAFRIO, S.L., TRANSPORTES ANTONIO BELZUNCES, S.A., CAMPILLO PALMERA, S.L., TRANSPORTES CARLOS, S.L., TRANSPORTES CAUDETE, S.A. y TRANSPORTES MAZO HERMANOS, S.A.

4) Con fecha 5 de noviembre de 2013 se acordó, a la vista del recurso presentado por T.CARLOS (Expte. R/0158/13 TRANSPORTES CARLOS), suspender el plazo máximo de resolución del procedimiento, hasta el día siguiente de la resolución por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

5) Con fecha 30 de enero de 2014 se notificó el acuerdo de levantamiento de la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el procedimiento, tras la Resolución del Expediente R/0158/13 TRANSPORTES CARLOS.

6) Con fecha 24 de febrero de 2014, se acordó suspender el plazo máximo de resolución del procedimiento, hasta el día siguiente de la resolución por el Consejo de la CNMC. El 8 de mayo de 2014 se resolvió por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC desestimar el recurso contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha 6 de febrero de 2014 por el que se le deniega la condición de interesado, acordando la Dirección de Competencia el 12 de mayo de 2014, el levantamiento de la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento.

7) El 20 de mayo de 2014, la Dirección de Competencia acordó, la ampliación de la incoación contra GRUP RAMFER 2005, S.L., matriz de T.CARLOS; MZ 73 INVERSIONES, S.L., matriz de MAZO y TRANSPORTES EUROPEOS COMUNITARIOS, S.A., matriz de ARMESA. 24.

8) El 8 de septiembre de 2014, la Dirección de Competencia acordó, la ampliación de la incoación contra otras quince empresas: TRANSDONAT, S.A., TRANSPORTES TARRAGONA, S.A. y su matriz TARRAGONA INTERNACIONAL, S.L., TRANSPORTES HERMANOS CORREDOR, S.A., TRANSPORTES MOLINERO, S.L., GUIRADO TRANS, S.A., GRUPO TRANS ONUBA, S.L. y su matriz INVERSIONES ONUBA, S.L., RAU LOAD CARGO, S.L., INTER TRANS PEREZ CASQUET, S.L. y su matriz GRUPO EMPRESARIAL PEREZ CASQUET, S.L., DISFRIMUR, S.L. y su matriz GRUPO DISFRIMUR, LOGISTIC TRANSPORTS NB, S.L. y CASTILLO TRANS, S.A. 25.

9) Con fecha 24 de octubre de 2014, la Dirección de Competencia adoptó el Pliego de Concreción de Hechos, que fue notificado a las partes.

10) Con fecha 16 de marzo de 2015, la Dirección de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución del procedimiento y el 14 de abril de 2015, el Director de Competencia elevó el informe Propuesta a la Sala del Competencia de la CNCM.

11) Con fecha 30 de abril de 2015, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador con fecha de efectos el día 30 de abril de 2015, hasta que se diera respuesta por la Comisión Europea a la información remitida o trascurriera el término a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 . El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 1 de junio de 2015, con fecha de efectos 30 de mayo de 2015.

12) Finalmente, la Sala de Competencia dictó la resolución sancionadora el 25 de junio de 2015.

**SEGUNDO** .- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, en la resolución recurrida se describe a la entidad actora, ATFRIE, del siguiente modo:

La ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE BAJO TEMPERATURA DIRIGIDA (ATFRIE), ubicada en Madrid, agrupa a las principales empresas de ámbito nacional dedicadas al transporte frigorífico por carretera a nivel nacional e internacional. Sus Estatutos señalan que podrán formar parte de la Asociación empresas individuales y colectivas españolas dedicadas habitualmente al transporte público de mercancías por carretera y combinado con otros modos y vías, bajo temperatura dirigida y con material móvil especializado a tal fin y sus elementos complementarios.

En el acta fundacional de 7 de junio de 1977 formaban parte de esta Asociación dieciocho empresas: EMPRESA MONTAÑA, S.A., TTES. LAGO, S.A., ÁLVAREZ ENTRENA, S.A., VIBROLAND, S.A., DAVID ESPAÑA, S.A., TTES. INT. MARQUESET, S.A., TTES. J. CARRIÓN, S.A. TTES. J. CARILLO, S.A., TTES. INT. FRIG. GÓMEZ, S.A., T.CARLOS, MAZO, TTES. BERNARDO ROSELL FERRER, S.A., TTES. FRIG. MARCOS, S.A., PEREA, S.L., TTES. SARALEGUI, S.A., TTES. VILLALBA HERMANOS, S.A. GENISTRAN y TRANSFRUTAS. A día de hoy ATFRIE agrupa a las principales empresas de ámbito nacional de transporte frigorífico, un total 85, y diez asociaciones representativas del sector.

ATFRIE tiene dos órganos de gobierno: la Asamblea General y la Junta de Gobierno.

Con fecha 17 de septiembre de 2008, en la Junta de Gobierno Extraordinaria y Urgente de ATFRIE se acordó por unanimidad crear un nuevo órgano denominado Comité de Presidencia, que actuará como órgano asesor de la Presidencia y lo compondrán los que han sido Presidentes de la citada Asociación, los fundadores de ésta y las personas de reconocido prestigio del sector.

Antes de delimitar el mercado afectado, la resolución recurrida hace algunas consideraciones relevantes sobre su caracterización y sobre el marco normativo para, a continuación, en cuanto al **mercado de producto** , explica que dentro del transporte de mercancías se distinguen cuatro grandes mercados:

- Servicios de transporte - Servicios logísticos - Servicios de paquetería y mensajería - Servicios de expedición de carga (o "Freight Forwarding").

A su vez dentro de estos mercados, cabe diferenciar según el medio de transporte utilizado (terrestre, marítimo, aéreo y/o multimodal), o de si los servicios se prestan a escala internacional o a escala doméstica.

En el presente caso, la resolución precisa que el mercado analizado es el de los servicios de transporte frigorífico internacional de mercancías por carretera, en particular, productos perecederos, como frutas y verduras frescas. La singularidad de los productos perecederos hortofrutícolas que requieren unas condiciones específicas para su transporte, tanto en tiempos, con entrada y salida de producto a diario, como en los medios usados, con los sistemas de localización y gestión de flotas, con el fin de asegurar la cadena de frío que exige el tráfico de este tipo de mercancía diferencia éste mercado de los otros tipos de transporte por carretera. La pronta caducidad de las frutas y hortalizas hace necesario, además, acortar los plazos de entrega para alargar la vida útil del producto en el punto de venta y garantizar su calidad y una atención al cliente prácticamente las 24 horas al día, los 365 días del año.

Advierte que éste un sector caracterizado por la estacionalidad del negocio, con picos de demanda en períodos concretos del año relacionados con el cultivo de cada una de las especies hortofrutícolas, lo que hace necesaria una flexibilidad total por parte del transportista. Frente a otros mercados en los que el transporte ha venido soportando la debilidad de consumo y la crisis, el transporte frigorífico, y en concreto, el especializado en el tráfico de frutas y verduras, no se ve tan directamente afectado.

Por otro lado, el **mercado geográfico** comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en estas son sensiblemente distintas a aquéllas.

Considera por ello la resolución sancionadora que el mercado afectado por las prácticas aquí analizadas sería el de los servicios de transporte frigorífico internacional de mercancías por carretera dedicado, en particular, a la exportación de frutas y verduras frescas procedentes de Huelva, Almería, Albacete, Murcia, Alicante, Valencia, Tarragona, Barcelona y Lérida a las principales ciudades y países de Europa Occidental.

Por lo tanto, los acuerdos aquí examinados se refieren a los productos provenientes del mercado español para su exportación al mercado europeo, y es en territorio nacional donde se llevan a cabo dichas prácticas. En cuanto a la definición geográfica del mercado relevante, las autoridades comunitarias y nacionales de competencia han considerado el mercado del transporte internacional terrestre, así como el de sus actividades auxiliares, de ámbito nacional, puesto que la elección de los proveedores de servicios de transporte y auxiliares todavía difiere en gran medida de un país a otro, con lo que la presencia e importancia de los proveedores nacionales es un factor relevante.

Por tanto, a tenor de la naturaleza y características de las conductas analizadas, así como de las empresas incoadas, las conductas investigadas por la Dirección de Competencia se circunscriben al mercado del transporte frigorífico por carretera de mercancías en y desde España hacia países europeos, estando también afectado el comercio intracomunitario, en cuanto que el alcance de estas conductas se ha extendido a otros Estados miembros de la Unión Europea, principalmente a Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y Países Bajos, siendo de aplicación el artículo 101 del TFUE .

Por lo que se refiere a la estructura del mercado, la resolución recurrida explica que las empresas hortofrutícolas españolas trabajan con una amplia variedad de proveedores de servicios de transporte internacional y rara vez centralizan toda la operativa en una única empresa de transporte frigorífico de mercancías por carretera, existiendo una significativa homogeneidad en los servicios prestados al mercado hortofrutícola por parte de las principales transportistas a temperatura controlada, con apenas variaciones en las rutas ofertadas, tanto fuera como en el interior del país. La práctica totalidad de las 50 principales empresas de transporte hortofrutícola son miembros de ATFRIE.

Por otro lado, la práctica totalidad de las exportaciones nacionales de frutas y hortalizas, en torno a un 90% según la propia ATFRIE, y el 100% del reparto nacional se realiza en camiones frigoríficos.

En cuanto a la demanda de los servicios de transporte frigorífico internacional de mercancías por carretera proviene fundamentalmente de la zona euro, principal destino de los productos hortofrutícolas españoles.

**TERCERO.-** Delimitado de este modo el mercado afectado, y descrito su modo de funcionamiento, la CNMC relata los hechos que entiende acreditados.

Así, la resolución recurrida explica que mediante un correo electrónico de octubre de 2011 un exportador informó a la Dirección de Investigación de las reuniones celebradas por la Junta de Gobierno de ATFRIE anualmente al inicio de cada campaña, con el objetivo de fijar precios. Un segundo correo de 2 de octubre de 2012, remitido por un transportista, además de hacer referencia a las reuniones de tarifas que se venían celebrando al inicio de cada campaña, alertaba de la próxima constitución de una empresa comercializadora a través de la cual se formalizaría la subida de precios por parte de todas las empresas del sector del transporte frigorífico y la penalización por revelar dicha información, señalando también la participación de ATFRIE.

Esa información previa, explica la resolución sancionadora, se veía confirmada por lo publicado en las revistas especializadas del sector, y así, por ejemplo, el 21 de septiembre de 2012 en la Revista "TLT TRANSPORTE Y LOGÍSITCA TERRESTRE", se informó de la reunión de tarifas celebrada el 20 de septiembre de 2012 en el ámbito de ATFRIE, de cara a la campaña de dicho año, en la que se pidió unidad de criterio y una subida de tarifas. En la misma publicación se informó días después de la rectificación solicitada por el Presidente de ATFRIE en relación con la noticia publicada, aunque confirmando tanto la celebración de las reuniones de tarifas que se venían celebrando, si bien las reuniones pasaban a denominarse como "Observatorio de Costes", como el contenido de éstas.

A juicio de la CNMC, los correos electrónicos citados, las noticias de prensa publicadas, la información recabada en las inspecciones de ATFRIE y empresas del sector, evidenciaban la comisión de prácticas anticompetitivas en el sector del transporte frigorífico de mercancías por carretera desde, al menos, mediados de los años 80 hasta 2012, si bien destacaba que la organización de dichas prácticas se había ido adaptando a las circunstancias del mercado y a la adopción de las cautelas necesarias para evitar su conocimiento, sobre todo, tras la publicación del Informe de la CNC sobre la fijación de tarifas mínimas en el transporte de mercancías por carretera.

Estas prácticas comprendían la recomendación de tarifas -en función de los destinos o un porcentaje de aumento de dichas tarifas- y también, algunos años, la reducción de flotas, con el objetivo de aumentar los precios, evitando que se fijaran libremente.

Así lo acreditaban, a juicio de la CNMC, las reuniones anuales de tarifas hasta 2012, si bien en los últimos años para ocultarlas pasaron a denominarse "reuniones de costes", aunque, precisaba, los archivos de la secretaria de ATFRIE donde se guardaban las convocatorias de dichas reuniones se almacenaban en una carpeta que se seguía denominando "Reunión Anual de Tarifas", como se evidenció al inspeccionar la sede de ATFRIE, y se evidencia, expresamente, en el acta de la reunión de la Junta de Gobierno de ATFRIE celebrada el 5 de octubre de 2010.

En las reuniones de las empresas que formaban parte de la Junta de Gobierno de ATFRIE preparatorias de las reuniones de tarifas, participaban los miembros que conformaban la misma, aunque en algunas de dichas reuniones también participaban otras empresas miembros de ATFRIE y en algunas ocasiones representantes de otras Asociaciones.

Según la resolución sancionadora, la información publicada en revistas sectoriales, así como la recabada en las inspecciones realizadas, permite tener por acreditada la existencia de las tablas de precios al menos desde el año 1987, habiéndose confirmado con las actas de las reuniones de las Juntas de Gobierno de ATFRIE desde 1993 a 2008, las recomendaciones por parte de ATFRIE con anterioridad al comienzo de cada campaña de exportación de frutas y verduras, sobre los incrementos en los precios a realizar para los servicios de transporte frigorífico internacional de mercancías por carretera hasta el año 2012.

Explica la resolución sancionadora que Inicialmente ATFRIE en los años 80 recomendó a sus asociados tarifas mínimas para el transporte frigorífico internacional de mercancías, enviando dichas tarifas con el membrete de la Asociación. Así, constan en el expediente unas tablas de "Tarifas Mínimas para el transporte Frigorífico Internacional", elaboradas por ATFRIE el 16 de septiembre de 1986 y que entraron en vigor el 1 de octubre de 1986, si bien las notas aclaratorias de dichas tarifas parecen sugerir el desarrollo de dicha práctica desde años anteriores.

Explica la resolución recurrida que dicha práctica irá adquiriendo un carácter más estructurado, celebrándose reuniones de tarifas con carácter anual, con ocasión de la Junta de Gobierno de ATFRIE, trasladándose como recomendación a los asociados con motivo de las Asambleas Generales de la citada Asociación, en las que se analizará el cumplimiento de dichas recomendaciones, como se manifiesta en la reunión de la Asamblea General de ATFRIE celebrada el 12 de junio de 1996 y en la que el Presidente de la Asociación hace balance al vencer el mandato de la Junta de Gobierno elegida en 1992.

Seguidamente, la resolución recurrida va recogiendo el contenido de las actas de la Junta de Gobierno de ATFRIE desde 1992 a 1998 que reflejan los incrementos de tarifas acordados en el seno de la asociación.

No obstante, según la resolución sancionadora, queda acreditada la continuidad de estas reuniones de costes, incluso tras la publicación del Informe de la CNC de 2008 sobre la fijación de tarifas mínimas en el transporte de mercancías por carretera, estando acreditada, según ella, la celebración de éstas el 24 de septiembre de 2009, el 6 de octubre de 2010 y el 20 de septiembre de 2012, coincidiendo con la Asamblea General de ATFRIE y precedida de la consiguiente reunión de la Junta de Gobierno de ATFRIE, de las que se hicieron eco las revistas especializadas del sector, citando a tal efecto la noticia publicada con fecha 21 de septiembre de 2012 en la Revista "TLT TRANSPORTE Y LOGÍSITCA TERRESTRE", respecto de la reunión de tarifas celebrada el 20 de septiembre de 2012 y la publicada días después, el 25 de septiembre de 2012, en la misma publicación, confirmando el mantenimiento de dichas reuniones tarifarias.

Añade la resolución sancionadora, que consta en septiembre, noviembre y diciembre de 2012 la remisión a BELZUNCES por fax por la "Mesa del transporte de Andalucía Oriental" de las tarifas acordadas en relación con los principales destinos internacionales en Alemania, Austria, Suiza, Polonia, República Checa, Reino Unido, Holanda, Bélgica, Italia, Dinamarca, Francia, Hungría, Portugal y Suecia. Estos faxes acreditan la remisión de las tarifas acordadas y su entrada en vigor días después a la remisión de dichos faxes. Así, en el enviado el 24 de septiembre de 2012 se indicaba que las tarifas de precios remitidas se aplicarían a partir de la fecha que se comunicaría próximamente, indicándose en el fax remitido posteriormente el 2 de noviembre que dicha fecha sería el 7 de noviembre de 2012 y las tarifas enviadas en el fax de 7 de diciembre se comenzarían a aplicar a partir del 12 de diciembre, percibiéndose un incremento de precios con respecto a las del mes anterior.

Finalmente, destaca la resolución recurrida un último elemento incriminatorio pues las empresas con mayor peso en ATFRIE, miembros de su Junta de Gobierno, decidieron en 2012 coordinar precios a través de la creación de una empresa comercializadora cuya denominación debía ser CENTRAL DEL TRANSPORTE FRIGORÍFICO.

En la inspección realizada en ARMESA se recabó el informe realizado por el responsable del Área Jurídica de ARMESA y anterior Secretario y actual responsable del Área Jurídica, Asuntos Legales y Relaciones Institucionales de ATFRIE, a solicitud del denominado "Grupo de Empresarios del Transporte", acerca de la forma y viabilidad de una empresa que procediera a la comercialización común de los servicios, evitando una posible sanción por parte de la CNC, tras poner de manifiesto que las actividades desarrolladas hasta ahora en el seno de ATFRIE, en concreto, las recomendaciones sobre precios o condiciones de comercialización o restricción de la oferta pueden conducir a la CNC a sancionar a ATFRIE.

Finalmente, por el responsable del Área Jurídica de ARMESA se envió el 30 de agosto de 2012 un correo electrónico a ARMESA, PRIMAFRIO, T.CARLOS, MAZO y CAUDETE, adjuntando un contrato de franquicia redactado por éste, en el que se cuantifican las penalizaciones por incumplimientos y expresamente solicita que todos los correos relativos a este tema, una vez leídos o impresos, se eliminen.

Reconoce, no obstante la resolución sancionadora que si bien se ha acreditado la voluntad de constituir una empresa franquiciadora por ARMESA, PRIMAFRIO, T.CARLOS, CAUDETE, MAZO y CAMPILLO PALMERA, no se llegó a constituir la inicialmente propuesta de "CENTRAL DEL TRANSPORTE FRIGORÍFICO".

**CUARTO.-** Expuestos, de modo resumido, los hechos que la resolución impugnada considera probados y que reflejan la supuesta operativa de funcionamiento de las entidades sancionadas, en su fundamentación jurídica califica tales hechos como constitutivos de una infracción única y continuada prohibida en el artículo 1 de la ley 16/1989 , art.1 de la LDC y 101 del TFUE consistente en acuerdos de fijación de precios del transporte frigorífico internacional de mercancías por carretera, desde el año 1993 hasta el año 2012.

En el caso de ATFRIE, la imputación obedece a su participación en una infracción única y continuada desde abril de 1993 a diciembre de 2012, difundiendo ATFRIE a sus asociados las tarifas aplicables a los servicios de transporte internacional frigorífico de mercancías por carretera, participando igualmente ATFRIE en el acuerdo para crear una empresa franquiciadora para fijar los precios del transporte frigorífico de mercancías por carretera y unificar condiciones de venta en 2012.

**QUINTO.-** En su demanda, la parte recurrente plantea una serie de motivos impugnatorios. Así, en síntesis, la caducidad del expediente sancionador, la vulneración del derecho de defensa por ilicitud de la entrada domiciliaria por ser la misma constitutiva de vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas.

En tercer lugar, la vulneración de la presunción de inocencia al no existir prueba de cargo para la acusación de acordar precios desde 2008 hasta 2012 y la prescripción de la infracción.

Por otra parte, la infracción de la presunción de inocencia al considerar la resolución recurrida la iniciativa de crear una sociedad franquiciadora como constitutiva de un ilícito administrativo. Finalmente, la vulneración del principio de proporcionalidad y del derecho de defensa por carecer la resolución recurrida de motivación respecto de la imposición de la multa y la falta de individualización de la sanción.

**SEXTO.** - Comenzando en primer lugar, por el examen de la caducidad del expediente sancionador la recurrente la funda en dos razones. Explica que la notificación de la Resolución a ATFRIE se produce con fecha 15 de julio de 2015, cuando se debió de practicar, como máximo según la propia CNMC, con fecha 6 de julio de 2015.

Afirma que no consta en el expediente cuándo tuvo entrada en la Administración sancionadora el envío no entregado, pero, fue posterior a la fecha límite para practicar la notificación, el 6 de julio de 2015, pues el informe de incidencias que se acompaña a la carta de devolución va fechado el 7 de julio de 2015, por lo que la devolución del envío tiene que ser posterior al 6 de julio.

En cualquier caso, rechaza cualquier intento de notificación en el domicilio del interesado en las fechas y horas que, sostiene la CNMC se intentaron practicar por lo que impugna el contenido de los documentos contenidos en los folios 17277.16.1, 17277.16.3 y 17277.16.5 del expediente.

Niega que la notificación se haya rechazado por el interesado, ATFRIE, o por su representante, Cosme.

Lo cierto es que la empresa de transportes encargada de notificar la resolución sancionadora a las empresas incoadas hace constar que:

"En relación con el envío destinado a: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA EMPRESAS TRANSPORTES BAJO TEMP.DIRIGIDA Y ASOCIADOS. ATT. Cosme.-

- N° de envío. NUM000.

*Hemos pasado a realizar la entrega en tres ocasiones.*

*El día 01/07 procedimos a realizar la 1° entrega a las 10:07 H nos indican que la persona de contacto no se encuentra que pasaría a recoger dicha documentación por la agencia de Envialia, volvimos a ir ese mismo día 01/07 por la tarde a las 16:15 H y de nuevo nos indican que la persona de contacto no se encuentra, además de indicarnos que no nos van a sellar ni a firmar ninguna documentación.*

*El día 02/07 pasamos a las 17:05 H y nos indican que la persona de contacto se encuentra de vacaciones y que no están autorizados a cogerlo, volvimos el día 03/07 a las por la tarde y nos vuelven a rehusar la mercancía por los mismos motivos."*

Por lo tanto, hubo tres intentos de notificación de la resolución sancionadora dentro de plazo y en ningún momento dice ésta que se hubiera rechazado por ATFRIE o sus representantes la notificación, pero tampoco encuentra la Sala razones para dudar de la veracidad de los intentos de notificación cuando la resolución se notificó correctamente al resto de las empresas dentro de plazo haciendo siempre constar la empresa encargada las incidencias acaecidas.

En segundo lugar, entiende la actora caducado el expediente porque se han computado setenta y siete días de suspensión del plazo para resolver el procedimiento, entre el 24 de febrero y el 12 de mayo de 2014 que no pueden tenerse en cuenta por estar fundamentados en un acto nulo de pleno derecho.

A su juicio, el acto de admisión del recurso previsto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , es nulo de pleno de derecho porque el actor en el recurso en vía administrativa carecía de legitimación activa para la interposición del recurso.

Este segundo motivo tampoco puede prosperar porque a la hora de resolver si el expediente sancionador ha caducado debemos tomar en consideración los periodos de suspensión del procedimiento para añadirlos al día final pues el art. 12.3 del Real Decreto 261/2008 establece que " *3. En los casos de suspensión del plazo, el día final del plazo se determinará añadiendo al término del plazo inicial, los días naturales durante los que ha quedado suspendido el plazo."*

Es decir, el examen de la caducidad requiere el cómputo objetivo del plazo de tramitación añadiéndole los periodos de suspensión que se hayan producido independientemente, como se alega aquí, de que el recurso administrativo fuera inadmisible pues esa circunstancia no altera el hecho real de que el procedimiento estuvo suspendido durante el tiempo necesario para resolver el recurso indicado.

**SÉPTIMO.-** En segundo lugar, denuncia la actora la vulneración del derecho de defensa por ilicitud de la entrada domiciliario al ser la misma constitutiva de vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas.

Explica ATFRIE que la documentación, tanto electrónica como en formato papel, se obtiene de ATFRIE en dos domicilios: uno, el propio de la sede de ATFRIE, sito en Madrid, en la calle Fernández de la Hoz, número 7 8 Entreplanta; y otro, en el despacho profesional de Don Cosme en su calidad de antiguo Secretario General de ATFRIE, cuya oficina es titularidad de lURISLOG, COOP, V., empresa de la que es socio el Sr. Cosme, sita en Massamagrell, en el Polígono Industrial Bobalar, calle 4, número 29-.

Los dos domicilios, el de ARMESA y el de lURISLOG. COOP. V. son distintos, pues ambas alquilan despachos distintos que se hayan integrados en el mismo edificio de oficinas. La oficina de lURISLOG, COOP. V., de donde se obtiene la información relativa a ATFRIE, constituye una unidad independiente arrendada al propietario del edificio, por lo tanto, goza de la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Ello se prueba mediante el documento 1, consistente en copia del contrato de arrendamiento del local en que se llevó a cabo la inspección domiciliaria.

Las sedes de ARMESA, ARBA SERVICE LOGISTIC, SL y lURISLOG, COOP. V. son distintas en virtud de los títulos de arrendamiento que cada una de ellas ostenta por contrato con TRANSPORTES EUROPEOS COMUNITARIOS, SA, propietaria del edificio sito en Massamagrell, Polígono Industrial Bobalar, calle 4, n° 29-31.

Rechaza que la información recabada en la inspección del despacho de D. Cosme, ex Secretario General de ATFRIE, se obtuviese en la "SEDE de ARMESA" como refiere el acta de inspección, porque esta se llevó a cabo en la sede de lURISLOG, COOP. V.

Sostiene la actora que los inspectores autorizados para la realización de inspecciones domiciliarias en la sede de ARNEDO MEDINA VALENCIA, SA y ARBA SERVICE LOGISTIC, SL acceden al domicilio de una persona jurídica, lURISLOG, COOP. V. recabando para ello el consentimiento del legal representante de la misma, pero sin informarle de su derecho a oponerse a la entrada como viene exigiendo el Tribunal Constitucional para que dicha entrada domiciliaria no infrinja el derecho a la inviolabilidad del domicilio. De dicha entrada en el domicilio de lURISLOG, COOP. V. obtuvieron determinada información, que obra en el expediente administrativo que adolece del defecto de haber sido obtenida con infracción del derecho a la inviolabilidad del domicilio, por lo que con la presencia de dicha prueba en el expediente y su utilización contra la persona acusada se está infringiendo el derecho a no autoinculparse protegido por el artículo 24.2 CE .

Añade que la inspección se realiza sin autorización de quien tiene potestad para autorizar la entrada: a la sazón, la Directora de Investigación, o bien el Juez de lo Contencioso-Administrativo del lugar de residencia del investigado. Tanto la Orden de Investigación como el Mandamiento Judicial del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Valencia autorizan a los inspectores a la entrada en las sedes de ARNEDO MEDINA VALENCIA, SA, ARBA SERVICE LOGÍTIC, SL o en cualquier otro establecimiento de estas empresas, sus filiales o participadas. Nada dice respecto de otras empresas. Por lo tanto, la decisión de autorizar la entrada en el domicilio de lURISLOG, COOP. V. se tomó y se llevó a cabo por el personal al servicio de la CNC no autorizado por el Director de Investigación. Ello supone que la investigación domiciliaria en que se obtienen los documentos de ATFRIE en el despacho del Sr. Cosme, es decir, en el domicilio de lURISLOG, COOP. V. constituye un acto dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, pues la autorización de investigación en domicilio de empresas corresponde en todo caso al Director de Investigación y, en su caso, al Juez de lo Contencioso-Administrativo. Dada la incompetencia del inspector Carlos María o del inspector Humberto para autorizar la entrada el acto es nulo de pleno derecho y los documentos incautados en dicha entrada deben ser expulsados del expediente, conforme a lo dispuesto, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2015 .

Este motivo no puede prosperar.

Conviene advertir que, en sentencia de 12 de mayo de 2015 , rec. 175 */* 2013, esta Sala analizó la Orden de Investigación dictada por la Dirección de Investigación el 29 de noviembre de 2012 en la que se acordaba, en el seno del ámbito de las DP 36/2012 la inspección de las empresas ARNEDO MEDINA VALENCIA S.A y ARBA SERVICE LOGISTIC S.L,, lo que se desarrolló en Massamagrell (Valencia), polígono industrial del Bobadar, calle nº4, nº29 y 31, los días 11 y 12 de noviembre de 2.012.

En esa sentencia analizamos y dimos validez a la motivación de la Orden de investigación y a la validez del consentimiento prestado pues " *el acta de inspección fue firmada por el representante de las empresas recurrentes, D. Jenaro sin indicar objeción alguna y ...sin que la mera indicación de la obligación de colaboración con el personal de la CNMC sea motivo suficiente para deducir que haya existido coacción alguna, a falta de otro dato recogido en el acta de inspección."*

Se rechazó asimismo que se hubiera vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones abogado-cliente y del derecho de defensa previstos en los artículos 18.1 , 18.3 y 24 de la Constitución Española porque " *se solicitó la colaboración de la inspeccionada "para la identificación de aquellos documentos que pudieran estar protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, y para la localización o identificación de documentos que pudieran estar relacionados con la intimidad de las personas inspeccionadas". Y lo cierto es que se informó a la actora de que el proceso de selección de información presenta diferentes fases, y se utiliza un sistema de depuración y filtrado sucesivo. Posteriormente se informa de la relación de palabras significativas utilizadas, los sistemas de grabación y borrado, etc. Se inspeccionan los despachos y los ordenadores de los empleados. Todos ellos, D. Jenaro y el abogado externo, estuvieron presentes durante las inspecciones realizadas en sus despachos (párrafo 80) y equipos informáticos, contando en todos los casos con la presencia de un abogado, externo según indica la recurrente.*

*El abogado de la empresa recurrente realizó el primer día de la inspección manifestaciones en relación con la existencia de documentos protegidos por la confidencialidad de las relaciones abogado-cliente y en lo relativo a documentos de carácter personal. La Inspección realiza un análisis superficial para comprobar que es así, y cuando se identifica no se accede al documento, sin realizar copias. En el segundo de los días no se han señalado documentos relacionados con las comunicaciones abogado-cliente (apartado 62), ni de carácter personal ni documentos protegidos."*

Precisaba, además que " *la actora no realiza sino alegaciones genéricas sin concretar cuál ha sido la documentación protegida que puede poner de manifiesto conductas sobre las que ha sido necesario recabar la asistencia de un abogado. Y el Tribunal de Primera Instancia, en su sentencia de 17 de septiembre de 2007 (asunto Akzo s T-125/03 y T-253/03 , apartados 76 y siguientes) indica que no basta que una empresa se niegue a aportar a la Comisión unos documentos profesionales, alegando su confidencialidad, sino que es necesario que aporte a los agentes de la Comisión los elementos útiles para probar que tales documentos cumplen los requisitos que justifican su protección".*

Por lo tanto, la validez de la entrada en la sede de ARNEDO MEDINA fue declarada en la sentencia citada, ya firme.

Añade ahora ATFRIE que las sedes de ARMESA, ARBA SERVICE LOGISTIC, SL y lURISLOG, COOP. V. son distintas en virtud de los títulos de arrendamiento que cada una de ellas ostenta por contrato con TRANSPORTES EUROPEOS COMUNITARIOS, SA y que la documentación de ATFRIE fue intervenida en la sede de IURISLOG.

Ahora bien, en el expediente (folios 81-86) figura un informe comercial de la firma D6B S.A de 15 de octubre de 2012, en el que indica que el domicilio social de IURISLOG COOP. V.se encuentra en la calle Mayor, 65 46669 L'ENOVA VALENCIA, existiendo una sucursal en la Avda del Raval 117, 46669 L'ENOVA VALENCIA.

En el acta se refleja que " *se personan en la sede de ARMESA D. Cosme y Dª. Teodora, quienes se identifican como abogados externos de la empresa y pertenecientes a la empresa IURISLOG. Estos abogados afirman tener despacho en el edificio de oficinas de ARMESA y que la sala en la que se ubica pertenece a la empresa IURISLOG."*

Por lo tanto, no se ha entrado en un domicilio distinto, el de IURISLOG como sostiene la actora, no amparado por la orden de investigación, sino que en el edificio de oficinas que ocupa ARMESA hay un despacho en el que figura como arrendataria IURISLOG y ese despacho lo ocupa el abogado sr. Cosme que lo es de ARMESA y fue secretario General de ATFRIE. Por esa razón, explica el acta de entrada en la sede de ARMESA que, al estar realizándose simultáneamente una inspección en la sede de ATFRIE "el Jefe de equipo D. Carlos María solicita a D. Cosme, en cuanto miembro de ATFRIE, que le facilite la documentación solicitada. El Sr. Jenaro hace entrega de diversa documentación sobre ATFRIE que se encuentra en un armario de su despacho en la sede de ARMESA y que conservaba como secretario de la citada Asociación. El Sr. Carlos María solicita autorización para verificar la existencia de más información relacionada con la solicitada por el equipo inspector de la asociación que pudiese existir en la sede de ARMESA como secretario o miembro de ATFRIE, consintiendo a ello el Sr. Cosme.

*(41) No obstante, el Sr. Cosme señala la existencia de gran cantidad de información que podría estar amparada por la confidencialidad abogado-cliente*

*que podría encontrarse en el citado despacho."*

Por lo tanto, queda acreditado que la documentación de ATFRIE que se encontraba en el despacho del abogado sr. Cosme que ocupaba en la sede de ARMESA, despacho arrendado a IURISLOG, fue entregada voluntariamente por el citado Letrado, respetándose la confidencialidad necesaria entre abogado y cliente como refleja el acta y resolvimos en la sentencia citada, ya firme.

**OCTAVO.-** Denuncia la actora la vulneración de la presunción de inocencia al no existir prueba de cargo para la acusación de acordar precios desde 2008 hasta 2012 y postula en consecuencia, la prescripción de la infracción.

Explica que las reuniones de costes no lo fueron de tarifas más allá de 2008, y no constando en las actas de la Junta o de las Asambleas que figuran en el procedimiento ninguna muestra del pacto de precios en el seno de la Junta de Gobierno, debe tenerse por prescrita la infracción al haber trascurrido más de cuatro años desde el último hecho infractor de que existe constancia.

En su opinión, carece de fundamento la posesión por parte de dos miembros de ATFRIBl de tarifas remitidas por parte de una Asociación denominada Mesa del Transporte de Andalucía Otiental porque ATFRIE ya probó (folios 13878 a 13903 del expediente administrativo) que la citada MESA estaba constituida como una asociación independiente de ATFRIE, sin que ésta hubiera participado en su gestación, ni ostentara ningún tipo de control sobre la misma.

**NOVENO.-** Al abordar el análisis del motivo anterior debemos recordar que ATFRIE ha sido sancionada por la comisión de una infracción única y continuada desde abril de 1993 a diciembre de 2012, por difundir a sus asociados las tarifas aplicables a los servicios de transporte internacional frigorífico de mercancías por carretera, participando igualmente ATFRIE en el acuerdo para crear una empresa franquiciadora con el fin de fijar los precios del transporte frigorífico de mercancías por carretera y unificar condiciones de venta en 2012.

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

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

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

1º Así, en la sentencia de 6 de febrero de 2014, asunto T-27/10 AC- Treuhand AG, apartados 240 y 241, señala que no puede identificarse de forma genérica el concepto "objetivo único", que subyace en el plan conjunto de las empresas implicadas, con la simple distorsión de la competencia, pues ese es el presupuesto de la calificación de la práctica como anticompetitiva. Esa interpretación tendría como consecuencia, que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE , apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (véase la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06 , Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada).

Por ello, debe siempre verificarse el grado de complementariedad de los distintos comportamientos que integran la infracción única.

A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia Amann &amp; Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 92, y la jurisprudencia citada).

2º La sentencia de 17 de mayo de 2013 Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, apartados 59 y ss, precisa que:

a) En el marco de una infracción que dura varios años, no impide la calificación de infracción única el hecho de que las distintas manifestaciones de los acuerdos se produzcan en períodos diferentes, siempre que pueda identificarse el elemento de unidad de actuación y finalidad

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

c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del cártel, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas, siempre que concurran los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de ello, es que el "dies a quo" del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta.

Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad conferida a la empresa implicada de desvirtuar esta presunción.

Finalmente, la sentencia de 16 de junio de 2011, Asunto T-211/08 , Putters International NV, a propósito del Mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica, precisa que:

*"las prácticas colusorias sólo pueden ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia si se acredita que se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo ( sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95 , T-26/95 , T-30/95 a T-32/95 , T-34/95 a T-39/95 , T-42/95 a T- 46/95 , T-48/95 , T-50/95 a T-65/95 , T-68/95 a T-71/95 , T-87/95 , T-88/95 , T-103/95 y T-104/95 , Rec. p. II-491, apartados 4027 y 4112).*

*35 Así pues, de esa jurisprudencia se deduce que deben concurrir tres requisitos para acreditar la participación en una infracción única y continuada, a saber, la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan y el hecho de que tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes".*

Ese objetivo común, en el presente caso, sería la fijación coordinada de los precios del transporte frigorífico por carreta por parte de ATFRIE a sus asociados que asumían voluntariamente esa práctica colusoria y en éste sentido la actora viene a reconocer su participación en la emisión de recomendaciones de precios a los asociados en el periodo de 1993 a 2008 pero más allá de esa fecha, dice que las reuniones de costes no lo fueron de fijación de tarifas.

La resolución sancionadora, por el contrario (pags 44 a 47) sostiene que estas reuniones de costes, incluso tras la publicación del Informe de la CNC en 2008 sobre la fijación de tarifas mínimas en el transporte de mercancías por carretera, continuaron, estando acreditada la celebración de éstas el 24 de septiembre de 2009, el 6 de octubre de 201088 y el 20 de septiembre de 2012, reuniones de las que se hicieron eco las revistas especializadas del sector.

A ello añade la remisión a BELZUNCES por fax por la "Mesa del transporte de Andalucía Oriental" las tarifas acordadas en relación con los principales destinos internacionales en Alemania, Austria, Suiza, Polonia, República Checa, Reino Unido, Holanda, Bélgica, Italia, Dinamarca, Francia, Hungría, Portugal y Suecia95. Estos faxes acreditan la remisión de las tarifas acordadas y su entrada en vigor días después a la remisión de dichos faxes.

Y finalmente, el intento por parte de las empresas con mayor peso en ATFRIE, miembros de su Junta de Gobierno, de constituir en agosto de 2012 una empresa franquiciadora con el fin de coordinar los precios en el sector que no llegó a materializarse.

**DÉCIMO.-** La resolución recurrida transcribe las actas de la Junta de Gobierno de ATFRIE en el periodo 1993-2008 que reflejan inequívocamente la existencia de recomendaciones de precios que fijaba ATFRIE a sus asociados asumiendo estos las tarifas del transporte así establecidas para cada anualidad pero, a juicio de la Sala, no hay prueba alguna de tales prácticas colusorias a partir de 2008.

La propia resolución recurrida (pag 6) admite que " *en los últimos años para enmascarar las conductas ilícitas, las reuniones de tarifas pasaron a denominarse "reuniones de costes", aunque los archivos de la secretaria de ATFRIE donde se guardaban las convocatorias de dichas reuniones se almacenaban en una carpeta que se seguía denominando "Reunión Anual de Tarifas", como se evidenció al inspeccionar la sede de ATFRIE, y se evidencia, expresamente, en el acta de la reunión de la Junta de Gobierno de ATFRIE celebrada el 5 de octubre de 2010. 141".*

Sin embargo, en ese acta lo que se lee es *que ".... Dionisio responde que estamos en un momento en que no sabemos si vamos a tener trabajo, con lo que no es momento de hablar de precios. Genaro le responde a Eulalio que* ***no se puede hablar de precios porque lo prohíbe competencia"***

Y es que en las llamadas "reuniones de costes", como refleja el expediente, se hablaba efectivamente de costes a partir del informe del auditor sr. Feliciano sobre la evolución de los costes y las perspectivas del sector, pero no se ha acreditado que se establecieran a continuación recomendaciones de precios o se coordinaran estos. Es más, en el acta de la reunión de ATFRIE de 9 de diciembre de 2009 (folio 778) leemos:

*"Se inicia una ronda de opiniones por Florencio, para el que parte de la solución de los problemas del sector, pasarían por establecer precios mínimos en exportación a lo que se le explica que las normas de competencia lo impiden y por la elaboración y seguimiento de un Código Deontológico. "*

Como vemos, se rechaza expresamente la fijación de precios mínimos para el transporte y las informaciones de las revistas del sector a las que alude la resolución recurrida para acreditar el mantenimiento de las que denomina *reuniones tarifarias* (folio 69) no confirman ese dato. Si fuera así, la resolución impugnada transcribiría el contenido de las actas de las asambleas como hace respecto de los años 1992 (folio 32) a 2008 donde se describe nítidamente el incremento de precios pactado anualmente y, sin embargo, respecto del periodo 2009 2012 solo figura en el expediente el listado de asistentes y la convocatoria de la Asamblea General de ATFRIE y reunión de costes.

Respecto de los años 2009, 2010 y 2011 no hay documento alguno en el expediente que contemple esa fijación de precios. Solamente se identifican las convocatorias a la reunión de costes anual en la que se vierten comentarios sobre los precios, pero sin que pueda afirmarse, como hace la resolución impugnada, que en ella se sigue la operativa tradicional. El hecho de que " *en los archivos de la secretaria de ATFRIE donde se guardaban las convocatorias de dichas reuniones se almacenaban en una carpeta que se seguía denominando "Reunión Anual de Tarifas",* carece de valor incriminatorio alguno si no se acredita que se fijasen efectivamente tales tarifas

Tampoco las revistas del sector, confirman la existencia de reuniones para fijar las tarifas a aplicar. Así, en la revista TLTTransporte y Logística Terrestre de 25 de septiembre de 2012 se recoge una nota de rectificación en los siguientes términos:

*"Tras reflejar como desde hace 20 años la reunión previa a la campaña, antes llamada de tarifas ahora de costes, Genaro envió ayer a través de su abogado un burofax exigiendo una rectificación de la noticia titulada "ESCASA PARTICIPACION EN LA REUNION DE TARIFAS", dicha rectificación se ha hecho en no*

*1. Estas reuniones, objeto de la noticia, hasta hace poco llamadas de tarifas, según reconocen fuentes de la asociación, se vienen produciendo desde hace casi dos décadas, con el mismo formato, ponente, transparencias y fechas en el año próximas al inicio de campaña. Justo por eso semanas antes de la campaña. Veanse más abajo el contenido de otros años que no motivó queja alguna."*

La conclusión a la que llegamos es que, en los años 2009, 2010 y 2011 no se produjeron las prácticas colusorias de fijación de tarifas mediante la emisión de recomendaciones de precios en los términos que describe la resolución recurrida.

**DECIMOPRIMERO.-** Resta por examinar si la actividad a la que se refiere la resolución recurrida en 2012 constituye o no una práctica restrictiva de la competencia continuadora de la que finalizó en 2008.

Se refiere la resolución sancionadora, en primer lugar, a la remisión por la "Mesa del transporte de Andalucía Oriental" a BELZUNCES de las tarifas acordadas en relación con los principales destinos internacionales en Alemania, Austria, Suiza, Polonia, República Checa, Reino Unido, Holanda, Bélgica, Italia, Dinamarca, Francia, Hungría, Portugal y Suecia.

Pese a lo que dice la resolución recurrida, respecto a que dicha Mesa es una subcomision regional de ATFRIE ya la propuesta de resolución advertía (248) que esta MESA DEL TRANSPORTE DE ANDALUCIA ORIENTAL no se corresponde con la Subcomisión regional de Andalucía Oriental de ATFRIE, y constata igualmente la no pertenencia de ARMESA y BELZUNCES a dicha MESA.

Por lo tanto, no hay identidad de sujetos que vincule a los integrantes de esta Mesa con los sujetos sancionados pues los miembros de la Mesa, como refleja su acta fundacional (folios 13878 a 13903 del expediente) son empresas andaluzas, la mayoría del Ejido, distintas de las sancionadas. En consecuencia, la remisión por esta Mesa de un cuadro de tarifas a BELZUNCES ni siquiera acredita que esta empresa las asumiera y desde luego no se advierte conexión alguna con las empresas sancionadas y tampoco con ATFRIE.

Dice también la resolución recurrida que " *la continuidad de las conductas hasta el año 2012 queda constatada en la propia voluntad de crear en ese mismo año una empresa franquiciadora, precisamente para enmascarar los acuerdos ilícitos de fijación de precios que se venían llevando a cabo por las entidades responsables."*

Recordemos que a ATFRIE se la sanciona por la comisión de una infracción única y continuada desde abril de 1993 a diciembre de 2012, difundiendo ATFRIE a sus asociados las tarifas aplicables a los servicios de transporte internacional frigorífico de mercancías por carretera, participando igualmente ATFRIE en el acuerdo para crear una empresa franquiciadora para fijar los precios del transporte frigorífico de mercancías por carretera y unificar condiciones de venta en 2012. en el acuerdo para crear una empresa franquiciadora para fijar los precios del transporte frigorífico de mercancías por carretera y unificar condiciones de venta en 2012.

En la lógica de la resolución recurrida, la creación de la empresa franquiciadora sería la adaptación en 2012 de la conducta ilícita al propósito y voluntad inicial de acordar los precios con los asociados eludiendo el control de la CNMC.

Sin embargo, no hay base fáctica que sustente esta afirmación.

En primer lugar, porque la supuesta empresa franquiciadora no llegó siquiera a crearse, como reconoce la CNMC misma al admitir que *"... no se han encontrado evidencias de la constitución de esta, sin que exista referencia alguna en el Registro Mercantil que certifique la constitución de una empresa con la denominación propuesta de "CENTRAL DEL TRANSPORTE FRIGORÍFICO"".*

Pero es que, además, y aun admitiendo que el mero concierto de voluntades encaminado a la realización de prácticas anticompetitivas de fijación de tarifas pudiera resultar sancionable, es lo cierto que no hay en absoluto evidencias de tal concierto, ni de la participación de ATFRIE en el mismo.

En realidad, el contenido del documento al que se refiere la resolución sancionadora como prueba de la finalidad anticompetitiva de la constitución de la empresa franquiciadora - se trata del informe realizado por el responsable del área Jurídica de ARMESA, anterior Secretario y responsable entonces del Área Jurídica, Asuntos Legales y Relaciones Institucionales de ATFRIE, y que fue emitido a solicitud del denominado "Grupo de Empresarios del Transporte" acerca de la forma y viabilidad de una empresa que procediera a la comercialización común de los servicios- no sirve a ese objeto, pues no hay una sola mención en el mismo a la determinación de precios ni, en definitiva, a la comisión de cualquier hecho que pudiera encajar en la infracción finalmente atribuida a la recurrente que, recordemos, fue sancionada *por "... acordar tarifas aplicables a los servicios de transporte internacional frigorífico por carretera".*

La prueba, aun indiciaria, de la conexión entre la voluntad de constituir la empresa franquiciadora y el propósito de acordar dichas tarifas es, sencillamente, inexistente pues no hay prueba de la infracción más allá del año 2008.

**DECIMOSEGUNDO** .- La falta de prueba de la participación de la entidad actora en la conducta que se le imputa en el año 2009 y en los siguientes conlleva la declaración de prescripción de la infracción y, en consecuencia, la de estimar su recurso.

Y ello por aplicación de lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , que, bajo la rúbrica *Prescripción de las infracciones y de las sanciones* , establece en su apartado 1 que *"Las infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, las graves a los dos años y las leves al año. El término de la prescripción se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado"* .

No desconoce la Sala la doctrina europea elaborada en torno a la infracción continuada, que fue como la calificó en el asunto que nos ocupa la CNMC, doctrina que avala la conclusión alcanzada y de la que es ejemplo la sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2013, Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, apartados 59 y siguientes, donde se precisa lo siguiente:

a) En el marco de una infracción que dura varios años, no impide la calificación de infracción única el hecho de que las distintas manifestaciones de los acuerdos se produzcan en períodos diferentes, siempre que pueda identificarse el elemento de unidad de actuación y finalidad

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

c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del cártel, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas, siempre que concurran los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de ello, es que el "dies a quo" del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta.

Es por tanto la aplicación estricta de dicha doctrina la que debe llevar a declarar la prescripción de la infracción y la consiguiente anulación de la sanción porque el expediente sancionador para ATFRIE fue incoado el 1 de julio de 2013 y en esa fecha, había transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años previsto en el art. 68.1 de la Ley 15/2007 , para las infracciones muy graves pues la infracción continuada finalizó en agosto de 2008.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida.

**DÉCIMOTERCERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la Administración demandada, dada la estimación del recurso.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

**FALLAMOS**

ESTIMAR el recurso interpuesto por el Procurador D. Rafael Palma Crespo, en nombre y representación de la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE BAJO TEMPERATURA DIRIGIDA (ATFRIE** ). contra la resolución de 25 de junio de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 200.000 ¤. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 , del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , resolución que anulamos por ser contraria a derecho.

Con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que 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 18/02/2020 doy fe.