Roj: **SAN 4333/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:4333**

Id Cendoj: **28079230062018100486**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **06/11/2018**
Nº de Recurso: **621/2017**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

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: 0000621 /2017

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **05367/2017**

Demandante: **FOUR CARRUANA, S.L.**

Procurador: **DÑA. SUSANA LINARES GUTIÉRREZ**

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

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: **Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA**

S E N T E N C I A Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

D. RAFAEL MOLINA YESTE

Madrid, a seis de noviembre de dos mil dieciocho.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 621/2017, promovido por la Procuradora Dña. Susana Linares Gutiérrez, en nombre y en representación de la mercantil **FOUR CARRUANA, S.L.**, contra la resolución dictada en fecha 27 de julio de 2017 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0397/12 (Transportes Madrid) en ejecución de la sentencia firme dictada por la Audiencia Nacional (Sección Sexta) en fecha 22 de junio de 2016 (rec. nº 467/2013) como consecuencia del recurso contencioso administrativo que se había interpuesto frente a la resolución de la CNC de 16 de septiembre de 2013 dictada en el expediente S/0397/12 en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa. Ha 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 trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que:

"... dicte en su día sentencia, por la que, revoque la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 27 de julio del 2017, recaída en el expediente VS/0397/12, dejando sin efecto la sanción impuesta a Four Carruana, S.L."

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia que desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO.- Posteriormente se declararon conclusas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO.- Para votación y fallo del presente proceso se señaló para el día 24 de octubre de 2018 designándose ponente a la Ilma. Sra. Magistrada Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo la mercantil FOUR CARRUANA, S.L., impugna la resolución dictada en fecha 27 de julio de 2017 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0397/12 (Transportes Madrid) en ejecución de la sentencia firme dictada por la Audiencia Nacional (Sección Sexta) de 22 de junio de 2016 (rec. nº 467/2013) que acuerda la estimación parcial del recurso contencioso administrativo que se había interpuesto frente a la resolución de la CNC de 16 de septiembre de 2013 dictada en el expediente S/0397/12 en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa.

SEGUNDO.- Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del presente proceso se destacan los siguientes hechos:

a) El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó en fecha 16 de septiembre de 2013 resolución, en el expediente S/0397/12 (Transportes Madrid), en la que se acordó:

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

FOUR CARRUANA, S.L.; (...).

CUARTO.- Imponer las siguientes multas a las autoras de la conducta infractora declarada en el resuelve segundo: (...) Veintiocho mil ochocientos cuarenta y seis euros (28.846 euros) a FOUR CARRUANA, S.L. (...)".

b) Concretamente, a la mercantil ahora recurrente se le consideró responsable del acuerdo para incrementar los precios de los servicios de transportes de contenedores por carretera celebrado en marzo de 2011.

c) Dicha resolución se notificó a la mercantil ahora recurrente quien interpuso recurso contencioso-administrativo. Y la Audiencia Nacional dictó sentencia en fecha 22 de junio de 2016 (rec. nº 467/2013) que estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo que se había interpuesto pero exclusivamente en cuanto a la cuantificación de la multa y ordenó que se cuantificase la sanción pecuniaria de acuerdo con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, había realizado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de enero de 2015. Concretamente, el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 29 de enero de 2015, reiterada por numerosas otras posteriores, señala que la metodología para la cuantificación de las sanciones que propugnaba la Comunicación de la CNC de 6 de febrero de 2009, implicaba en un primer momento fijar el importe básico de la sanción sin sujeción a escala alguna, y a esta cifra se aplicaba ulteriormente un coeficiente de ajuste, según las circunstancias agravantes o atenuantes que se apreciasen, y solo en una tercera fase se ajustaba -cuando procedía- la cantidad así obtenida a los límites fijados en el artículo 63 de la LDC, lo que implicaba, según sostenía el Alto Tribunal, en buena parte de los casos, establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente sólo a modo de correctivo el porcentaje del 10% del volumen de negocios, sin que dicho método se avenga al artículo 63 de la LDC, que marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones, no en cuanto "umbral de nivelación", sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Y añadía que las referencias que efectuaba el artículo 63 de la LDC a la facturación o volumen de negocios de la empresa

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

infractora han de entenderse hechas al volumen total de negocios, y no al volumen de negocios o facturación en la actividad afectada por la infracción.

d) Y en ejecución de la sentencia firme dictada por la Audiencia Nacional de 22 de junio de 2016, la CNMC ha dictado la resolución que constituye el objeto del presente proceso que sanciona a la mercantil ahora recurrente con multa por importe de 25.400 euros.

TERCERO.- En el escrito de demanda presentado por la mercantil recurrente se cuestiona nuevamente si la conducta imputada constituye o no infracción con arreglo a las normas de competencia.

CUARTO.- Esta Sección anticipa la desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto.

Conviene aclarar que, en contra de lo que alega la recurrente, la resolución ahora impugnada se ha dictado en un procedimiento de ejecución de sentencia. Y, por tanto, no se trata de ningún trámite especial ni de una reevaluación de la conducta infractora que ya quedó acreditada en la resolución anterior de 16 de septiembre de 2013 y que ya se confirmó por la Audiencia Nacional en la sentencia dictada en fecha 22 de julio de 2016. Dicha sentencia confirmó la resolución de la CNC de 16 de septiembre de 2013 excepto en lo que se refiere a la cuantía de la multa impuesta que se deja sin efecto y se ordena realizar un nuevo cálculo atendiendo a las orientaciones fijadas por el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de enero de 2015.

Únicamente corresponde ahora examinar si la CNMC en la determinación del nuevo importe de la multa en ejecución de la sentencia firme dictada por la Audiencia Nacional en fecha 22 de junio de 2016 se ha ajustado a las determinaciones referidas por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015 que supuso la base jurídica de la sentencia dictada posteriormente por la Audiencia Nacional en cuanto determinó exclusivamente la nulidad de la multa impuesta y ordenó que se efectuara un nuevo cálculo atendiendo a los criterios fijados por la aludida sentencia del Tribunal Supremo.

La Resolución ahora impugnada que sea dictado en ejecución de la sentencia firme dictada por la Audiencia Nacional especifica que para la determinación de la sanción se han tenido en cuenta los criterios establecidos en el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la competencia (LDC) para obtener un tipo sancionador que se aplicará sobre el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior a la infracción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la LDC. Las citas literales que se recogen a continuación están tomadas de la mencionada Resolución de recalculo, y hacen referencia a los criterios del artículo 64.1 de la LDC:

a) Las características del mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a):

"El mercado afectado es el del transporte de contenedores por carretera con origen o destino Madrid. El acuerdo consistía en incrementar los precios de los servicios de transporte de contenedores por carretera: Se acordó repercutir un 5% sobre el precio del transporte a partir del 15 de abril de 2011 en concepto de recargo por variación en el precio del combustible, en aquellos casos en los que no se hubiera venido aplicando hasta ese momento. Al tratarse de un servicio necesario para la comercialización de un gran número de bienes, la capacidad de la conducta para generar efectos en cascada es indiscutible".

b) El alcance de la infracción (art.64.1.c): *"En la infracción han participado las principales empresas de contenedores que operan en el Puerto Seco de Madrid, extendiendo sus efectos mucho mas allá de dicho ámbito territorial".*

c) La duración de la infracción (art. 64.1.d): *"La duración de la infracción debe cifrarse en al menos un trimestre, desde abril de 2011 hasta junio del mismo año, dado que en el acuerdo se prevé la revisión trimestral del mismo".*

En la resolución que ahora revisamos se exponen con detalle y rigor los distintos elementos probatorios ponderados sobre la base de la previsión del artículo 63.1.c) de la LDC, y la CNMC parte de los criterios interpretativos que, sobre esta cuestión, la de la cuantificación de la multa, proporciona la relevante sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, criterios que resume la resolución recurrida de cuyo texto podemos destacar lo siguiente:

- "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. Tales 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".

- "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".

-"Sobre la base de estas premisas, cabe deducir que la nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio inmediatamente anterior al de dictarse resolución (esto es, 2011).

-"Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá graduarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC ".

- "... 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 (...)".

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, clara consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, por lo que el problema se remite a determinar si, en aplicación de la misma, la resolución ha podido resultar falta de motivación o incurrir en desproporción.

No es cierto que la resolución impugnada carezca de motivación. Lo cierto es que las razones que la CNMC ha tenido en cuenta para fijar un nuevo importe a la sanción de multa se recogen en la resolución que revisamos con la rúbrica *"Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditativos en la sanción original (S/0397/12) y confirmados por la Audiencia Nacional"*.

La resolución ahora impugnada destaca que en la resolución anterior de 16 de septiembre de 2013, y que se ha confirmado por varias sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en relación con las empresas infractoras -entre ellas la ahora recurrente- se las ha considerado responsables de una infracción muy grave y, por tanto, podrán ser sancionadas con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (esto es, 2011). Y en este sentido, la resolución que ahora revisamos destaca el volumen de negocios total de cada una de las empresas infractoras en el año 2011, cuyo 10% ha de operar como techo de la multa, y, a continuación, inicia el procedimiento de determinación del porcentaje sancionador a aplicar partiendo de los criterios de graduación marcados en el artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo acogida por la sentencia firme dictada por la Audiencia Nacional de 22 de junio de 2016 que ejecuta la CNMC en la resolución que ahora revisamos.

Y es en este punto también explícita la resolución cuando tiene en cuenta los criterios recogidos en el artículo 64.1 de la LDC para determinar cuál va ser el tipo sancionador que se aplicará sobre el volumen total de negocios de cada una de las empresas sancionadas en el ejercicio 2011 -con el limite citado del 10%-. Tipo sancionador que se individualiza respecto de cada una de las empresas infractoras atendiendo en cada caso a los criterios de graduación del importe de la sanción recogidos en el artículo 64.1 de la LDC como son la dimensión y características del mercado afectado por la infracción; la cuota de mercado de las empresas responsables; el alcance de la infracción; la duración de la infracción; el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

Y en este sentido, la resolución de la CNMC que revisamos analiza e individualiza cada uno de los criterios referidos en el artículo 64.1 de la LDC. Así, respecto del mercado afectado y de sus características se especifica en la resolución impugnada que el mercado afectado por la conducta es el del transporte de contenedores por carretera con origen o destino Madrid. Y se añade que:

"El acuerdo consistía en incrementar los precios de los servicios de transporte de contendores por carreteras: Se acordó repercutir un 5% sobre el precio del transporte a partir del 15 de abril de 2011 en concepto de recargo por variación en el precio del combustible, en aquellos casos en los que no se hubiera venido aplicando hasta ese momento". Asimismo, en la resolución que ahora revisamos se destaca que *"las infractoras manifestaron en su acuerdo la intención de dar continuidad a este acuerdo de precios mediante revisiones periódicas, y preveían la creación de una mesa de vigilancia del acuerdo adoptado para garantizar su cumplimiento"*.

Y todo ello -gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, participación en la conducta de la infractora, no concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes- permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de las empresas para obtener así un tipo sancionador que se aplicará sobre el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior a la imposición de la sanción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la LDC.

Pues bien, en modo alguno puede decirse que la cuantificación de la multa resulte, ni inmotivada -las consideraciones que anteceden demuestran que se apoya en una motivación bastante y, en todo caso, consecuente con los criterios jurisprudenciales de aplicación-, ni que tampoco sea desproporcionada, pues aplica un tipo sancionador que se sitúa en la media del tipo sancionador máximo; porcentaje que somete

después a los ajustes que permiten adecuarlo a las circunstancias particulares de los intervinientes de tal modo que el tipo sancionador del que se parte va decreciendo atendiendo a la menor participación de cada una de las empresas. Tales ajustes obedecen a la participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción así como la participación de cada una de ellas en la infracción, que deduce la CNMC de los datos proporcionados por las empresas a su requerimiento.

Y una vez tenidos en cuenta los criterios que sirven para valorar la infracción en general, se individualiza la sanción atendiendo a la cuota de participación de cada empresa en la infracción y al volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción (VNMA) de cada una de las empresas que se fija a partir de los datos que aportan las infractoras a requerimiento de la CNMC. Y como los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta muestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación del tipo sancionador que procede imponer a cada empresa, de acuerdo con las previsiones del artículo 64.1, apartados a) y d).

En concreto, en el caso de la mercantil recurrente FOUR CARRUANA, S.L. el volumen de negocios en el mercado afectado durante un trimestre de 2011 fue de 288.464 euros, y la correspondiente cuota de participación en la infracción se fijó en el 9,9%, siendo la tercera más elevada de todos los componentes del cártel.

Y, atendiendo a todas esas circunstancias, la resolución impugnada determina finalmente la sanción a imponer a cada una de las personas jurídicas intervinientes en el cártel, para lo cual aplica al volumen de negocios total en 2011 el tipo sancionador que en el caso de la recurrente ha sido del 4,6%, y ello ha determinado una sanción por importe de 25.400 euros.

La resolución de la CNMC no rebaja sin más el tipo sancionador del 10% al 4,6%, sino que utiliza la nueva metodología establecida a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 para determinar un tipo sancionador.

Por tanto, no concurre ni la falta de motivación en la determinación del importe de la sanción ni tampoco su falta de proporcionalidad en su fijación.

E incluso, la CNMC considera que es innecesario realizar ningún ajuste de ponderación de la proporcionalidad de la sanción atendiendo, en su caso, a la estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado, ya que la sanción impuesta se encuentra significativamente por debajo de lo que podría considerarse el límite de proporcionalidad según las características de la empresa y la dimensión de la infracción.

La multa impuesta en ejecución de la sentencia firme aludida cumple con los requisitos de los artículos 63 y 64 de la LDC, tal y como han sido interpretados por la Jurisprudencia.

Como hemos relatado, la resolución recurrida expone razonadamente, con sujeción a los criterios previstos en la ley que toma en consideración, como los ha valorado para proceder a la imposición de la sanción, dando cumplimiento a lo exigido por el Tribunal Supremo. A partir de aquí, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG *"a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 181)."*

Y en el caso de FOUR CARRUANA, S.L. no parece que pueda afirmarse en ningún caso que la utilización de un tipo sancionador del 4,6%, situado prácticamente en el punto medio del arco sancionador previsto en el artículo 63 de la LDC, sea desproporcionado para una infracción muy grave que podría castigarse con hasta un 10% del volumen total de negocios de la empresa. Igualmente, una sanción de 25.400 euros no parece que pueda considerarse desproporcionada para un volumen de negocios de FOUR CARRUANA, S.L. en el mercado afectado por la infracción en el año 2011 de 1.153.858 euros.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas a la parte recurrente.

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº 621/2017, promovido por la Procuradora Dña. Susana Linares Gutiérrez, en nombre y en representación de la mercantil **FOUR CARRUANA, S.L.**, contra la resolución dictada en fecha 27 de julio de 2017 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los

Mercados y la Competencia en el expediente VS/0397/12 (Transportes Madrid) en ejecución de la sentencia firme dictada por la Audiencia Nacional en fecha 22 de junio de 2016 (recurso nº 467/2013) que estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo que se había interpuesto frente a la resolución de la CNC de 16 de septiembre de 2013 dictada en el expediente S/0397/12 en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa y, en consecuencia, se confirma al ser ajustada a derecho.

Se imponen a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.

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 **no**tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 12/11/2018 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ