



Roj: **SAN 3242/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:3242**

Id Cendoj: **28079230062018100391**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **12/07/2018**

Nº de Recurso: **448/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000448 / 2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 05284/2016

**Demandante:** ASOCIACION LOGISTICA DE TRANSPORTE DE CONTENEDORES (ALTC)

**Procurador:** D. ANÍBAL BORDALLO HUIDOBRO

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

**Abogado Del Estado**

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

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA **Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a doce de julio de dos mil dieciocho.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 448/16 promovido por el Procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de la **ASOCIACION LOGISTICA DE TRANSPORTE DE CONTENEDORES (ALTC)**, contra la resolución de 30 de junio de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 7.149.037,70 euros por la comisión de una infracción muy grave de la Ley de Defensa de la Competencia. 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 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 se *dicte*:



"...Sentencia estimatoria del presente Recurso Contencioso-Administrativo, declarando nula de pleno derecho o, subsidiariamente, anulando la Resolución recurrida e imponiendo las costas a la Administración demandada por mor de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA ".

**SEGUNDO** .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

**TERCERO** .- Mediante Auto de 4 de mayo de 2017, sin necesidad de abrir el periodo probatorio, se tuvieron por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo, sí como los documentos aportados por la recurrente en su escrito de demanda sin prejuzgar sobre su valoración a efectos probatorios.

**CUARTO**.- Presentados los respectivos escritos de conclusiones quedaron los autos concluso para sentencia y pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 11 de julio de 2018, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN CASTILLO BADAL, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la resolución de 30 de junio de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso a la ASOCIACION LOGISTICA DE TRANSPORTE DE CONTENEDORES (ALTC) , una sanción de multa de 7.149.037,70 euros. La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente VS/0623/07 TRANSPORTES BARCELONA, era del siguiente tenor literal:

*"PRIMERO.- En fiel y puntual cumplimiento de los mandatos de la Sentencia dictada por la Excm. Sección Tercera, de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el día 16 de Febrero del 2015 (Recurso de casación 940/2012) debemos sancionar y sancionamos a ALTC (Asociación Logística de Transportistas de Contenedores) ) y le imponemos una multa de €uros 7.149.037,70 dado el menor grado e intensidad de su participación en la conducta infractora..*

*SEGUNDO.- Instamos a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a la vigilancia de lo hoy resuelto y expresamente, y previa audiencia de los interesados, examine la posible responsabilidad subsidiaria y/o sucesión empresarial en los términos del Fundamento de Derecho Quinto".*

A la vista de los documentos que integran el expediente administrativo y de los unidos a estos autos, constituyen antecedentes relevantes para la resolución del litigio los siguientes:

1 - Con fecha 1 de abril de 2008, el Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia dictó resolución por la cual se acordaba lo siguiente:

*" Primero.- Declarar que TRANSCONT (ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE AUTOPATRONOS Y EMPRESARIOS DE TRANSPORTES DE CONTENEDORES Y AFINES POR CARRETERA DE LA PROVINCIA DE BARCELONA) es responsable de infringir el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia , al funcionar como un cártel, realizando en su seno acuerdos horizontales, decisiones y recomendaciones, todo lo cual se manifiesta, entre otros extremos en (1) haber fijado junto con ALTC las tarifas de referencia anuales para los servicios de transporte de contenedores de mercancías por carretera prestados por transportistas autónomos; (2) en haber recomendado a sus asociados la aplicación de la tarifa anual acordada por ALTC y al haberles exigido que realizasen la facturación a sus clientes a través de la asociación, con el objeto de controlar tanto las tarifas aplicadas como el volumen de trabajo realizado por cada asociado; (3) en establecer límites a la producción, esta infracción se ha materializado sometiendo a autorización por parte de las juntas de dirección de ambas asociaciones los planes de expansión de flota de sus asociados y concediendo, mediante venta o alquiler, distintivos a colocar en los vehículos, de forma que sólo los poseedores de tales distintivos podían acceder físicamente al mercado; (4) igualmente en haber exigido a sus no asociados la firma de unos acuerdos de colaboración para poder acceder a trabajar en el Puerto de Barcelona, mediante los cuales, estos colaboradores asumían el pago de un donativo de 6.000 euros; la facturación obligatoria a través de la asociación y el compromiso de mantenerse trabajando para los mismos clientes para los que venían trabajando con anterioridad; y (5) en definitiva en haber aprobado en sus estatutos la cláusula j) de sus funciones, mediante la cual asumen funciones de ordenación y reparto del mercado al establecer turnos de espera.*

*Segundo.- Declarar que ALTC (ASOCIACIÓN LOGISTICA DE TRANSPORTISTAS DE CONTENEDORES) es responsable de infringir el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia , por constituir un cártel, actuando como tal y realizando acuerdos entre competidores, decisiones y recomendaciones, lo cual se manifiesta, entre otros extremos (1) en haber aprobado y posteriormente recomendado a sus asociados*



la aplicación de una tarifa anual calculada sobre la base la tarifa para autónomos previamente acordada con TRANSCONT; (2) en haber establecido límites a la producción, sometiendo a autorización por parte de las juntas de dirección de ambas asociaciones los planes de expansión de flota de sus asociados y concediendo, mediante venta o alquiler, distintivos a colocar en los vehículos, de forma tal que únicamente sus poseedores pudieran acceder al mercado.

Tercero. - Imponer una sanción a TRANSCONT de 7.340.000 euros.

Cuarto. - Imponer una sanción a ALTC de 7.600.000 euros.

Quinto.- Intimar a TRANSCONT y a ALTC para que en el futuro se abstengan de:

- elaborar, ni conjuntamente ni por separado, tarifas para la prestación de servicios de transporte,
- distribuir entre sus asociados, ni a clientes de los mismos, ningún tipo de tarifas, ya sean éstas orientativas, de referencia o recomendadas,
- comercializar números distintivos para acceder a las instalaciones del puerto libremente,
- realizar servicios de facturación a sus socios o cualquier otro instrumento que permita identificar los precios y el volumen de trabajo con que sus asociados trabajan,
- someter a autorizaciones de las juntas directivas de las asociaciones la expansión del tamaño de la flota de camiones de los asociados.

Sexto.- Intimar a TRANSCONT para que en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta resolución, modifique sus estatutos, suprimiendo la letra j) del artículo 7 y rectifique la letra i) del mismo artículo, de forma que no figure entre sus funciones la elaboración de tarifas. En caso de incumplimiento se impondrá a las asociaciones sancionadas una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

Séptimo. - Imponer a TRANSCONT y ALTC la obligación de distribuir a todos sus asociados el contenido íntegro de esta resolución y a publicar en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta resolución, su parte dispositiva, en dos publicaciones. Una de ellas ha de ser la de mayor difusión diaria en la Comunidad Autónoma de Cataluña de entre las de ámbito nacional; mientras que la otra deberá ser la de mayor difusión nacional entre las publicaciones portuarias y marítimas. En caso de incumplimiento se les impondrá a las asociaciones sancionadas una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

Octavo. - Instar a la Dirección de Investigación de la CNC la vigilancia y supervisión del cumplimiento de esta resolución".

2.- Frente a tal acuerdo interpuso la entidad sancionada recurso contencioso-administrativo que, seguido ante esta Sección bajo el número 197/08, concluyó por sentencia de 17 de octubre de 2012 , en cuyo fallo se acordaba lo siguiente:

"DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad ASOCIACIÓN LOGÍSTICA DE TRANSPORTISTAS DE CONTENEDORES, contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 1 de abril de 2008, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho".

3.- Disconforme con la referida sentencia, la entidad ahora demandante interpuso contra la misma, recurso de casación ante el Tribunal Supremo que, en sentencia de 16 de febrero de 2015 (recurso núm. 4182/2012 ), resolvió como sigue:

" 1.- Ha lugar al recurso de casación nº 4182/2012 interpuesto en representación de la ASOCIACIÓN LOGÍSTICA DE TRANSPORTISTAS DE CONTENEDORES (ALTC) contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de Octubre de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 2430/2008 ) que ahora queda anulada y sin efecto.

2.- Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de ALTC contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 1 de abril de 2008 en la que se impone a la asociación recurrente una multa de 7.600.000 euros; y anulamos la referida resolución únicamente en cuanto se refiere a la cuantía de la multa, ordenándose a la Comisión Nacional de los Merados y la Competencia que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios de los asociados a ALTC en el año 2007 y teniendo en cuenta el menor grado e intensidad de la participación de ALTC en la conducta infractora, sin que en ningún caso pueda resultar una sanción por importe superior al de la multa que ahora se anula.



3. - *No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.*"

4.- En ejecución de dicha sentencia, la CNMC requirió a la Asociación de Autopatronos y Empresarios de Transporte de Contenedores y Afines por Carretera de la Provincia de Barcelona (TRANSCONT) y a la Asociación Logística de Transportistas de Contenedores (ALTC) a fin de que aportasen determinada información, en concreto, relación numérica y personalizada de asociados en los años 2005, 2006 y 2007, así como certificación en la que se hiciera constar el volumen de negocios de todos y cada uno de sus asociados, de forma individualizada e independiente, en el ejercicio del año 2007. Requerimiento que fue atendido con fecha 4 de abril de 2016 en los términos que resultan del expediente administrativo.

5.- Finalmente, con fecha 30 de junio de 2016, la Sala de Competencia dictó resolución cuantificando la multa en 7. 149.037,70 €, siendo este acuerdo el que se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo.

**SEGUNDO.-** En su demanda, esgrime ALTC tres motivos de impugnación que, en síntesis, se refieren a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la falta de inclusión en el expediente del denominado "informe parcial para la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2015 (recurso 940/2012 )", así como de los datos y documentos en los que la CNMC se habría basado para calcular la sanción, y ello en relación con la, a su juicio, indebida e injustificada declaración de confidencialidad de parte del expediente, que implicaría la infracción del artículo 35 a) Ley 30/92 y del 53 a) de la Ley 39/2015 , con la consecuencia de su nulidad; a la falta de motivación suficiente de la resolución recurrida; y a la infracción del principio de proporcionalidad en la multa impuesta.

**TERCERO.-** Debemos comenzar rechazando la causa de inadmisión del recurso suscitada por el Abogado del Estado al amparo del art. 69 c) LJCA por entender que la resolución recurrida dictada en ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 16 de Febrero del 2015 era un acto no susceptible de impugnación.

Sin embargo, venimos rechazando esta causa de inadmisión pues el hecho de que se dicte la nueva resolución recalculando la sanción en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo que le obliga a ello en virtud de los criterios expuestos en el artículo 10 de la Ley 16/1989 no impone necesariamente la obligación de la parte de sujetarse al estrecho cauce del incidente de ejecución de sentencia pues permite defender con más garantías sus derechos interponer un recurso contencioso administrativo independiente contra aquella resolución, posibilidad que admite la jurisprudencia.

En éste sentido, hemos dicho en el auto de diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis que " *el pronunciamiento del Tribunal Supremo exige de la CNMC una decisión que lleve a cabo una nueva valoración de los criterios legales de graduación de las multas amparada en una motivación suficiente, lo que implica sin duda, y a la vista de los referidos criterios legales, una actuación novedosa respecto de la llevada cabo en la resolución sancionadora inicial, basada en la aplicación de la Comunicación de 6 de febrero de 2009 cuya legalidad rechaza de manera expresa el Tribunal Supremo. Puede decirse entonces que, desde el momento en que la Comisión ha dictado una nueva resolución en la que la multa se ha cuantificado con arreglo a lo que se resuelve en la sentencia, y de manera motivada, dicha sentencia ha sido ya completamente ejecutada.*

*Por otra parte, para comprobar la legalidad de la nueva decisión es probable, puesto que los mencionados criterios legales que relaciona el artículo 64 de Ley 15/2007 se asientan sobre cuestiones de hecho, que sea imprescindible la práctica de prueba y, con ella, la utilización de cualquiera de los medios que la Ley prevé con ese objeto con todas las garantías que ofrece el proceso más allá del limitado cauce de la ejecución. En efecto, la mera lectura de los argumentos que se esgrimen para combatir la nueva resolución evidencia la complejidad fáctica que puede revestir la cuestión que se plantea ahora, tanto para determinar la adecuación de la cuantía de la multa a "la interpretación que de los artículos 63 y 6A de la Ley 15/2007 hacemos en esta sentencia", de acuerdo con los términos literales que emplea el Tribunal Supremo en el fallo de su sentencia, como para determinar si la motivación plasmada en la nueva resolución de la CNMC resulta suficiente. "*

Por lo tanto, debemos rechazar la causa de inadmisión del recurso que plantea la Administración demandada.

**CUARTO.-** De nuncia, en primer lugar la parte recurrente, que había solicitado que el expediente administrativo se completara con la información utilizada para determinar las bases del cálculo de la sanción impuesta por medio de la Resolución objeto del presente Recurso Contencioso-Administrativo y que obra en el Expediente S/0293/10.

Explica que el 10 de febrero de 2017, la Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala dictó diligencia de ordenación por la que en virtud de la comunicación emitida por la Secretaria del Consejo de la CNMC, (i) disponía remitir a la recurrente el Informe parcial de la Dirección de Competencia para el cálculo de la sanción y denegar el complemento del expediente en cuanto a la demás documentación solicitada, al considerar que



no había lugar a levantar su confidencialidad; y, finalmente emplazar al recurrente para que en plazo de cinco días formalizase la demanda.

Entiende la actora que la decisión de no levantar la confidencialidad de la documentación solicitada, vulnera el derecho de defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución .

Conviene recordar que la CNMC en ejecución de la sentencia del TS de 16 de febrero de 2015 , requirió a TRASCONT y a ALTC para que aportasen :

*1º relación numérica y personalizada de asociados en los años 2005, 2006 y 2007.*

*2º CERTIFICACION del volumen de negocios de todos y cada uno de sus asociados, de forma Individualizada o independiente, en el ejercicio del año 2007.*

La Asociación Logística de Transporte de Contenedores (ALTC) en escrito fechado el día 24 de Marzo del 2016, consideró que los datos requeridos son los mismos que ya fueron requeridos por la Subdirección de Vigilancia mediante el Requerimiento de fecha 9 de octubre de 2015 y que ya habían contestado adecuadamente. Sin embargo, se puede comprobar en el expediente que ALTC se limita a aportar en el documento de 5 de noviembre de 2015 la relación de socios de ALTC en el año 2007 y los requerimientos dirigido a las empresas que formaban parte de la Asociación en el año 2007, sin llegar a aportar la certificación que fue posteriormente requerida en cumplimiento de lo previsto en el Artículo 10 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia .

En todo caso, la resolución de 30 de junio de 2016 relaciona, con nombre y apellidos, los 65 asociados a ALTC en el año 2007 (hecho probado tercero). También incluye el volumen de negocios de *53 de los 65 asociados a ALTC en 2007 y que se corresponde con el 81,53% de los asociados, que asciende a 102.129.112 €.* (hecho probado segundo), sobre el que aplica el porcentaje para determinar la cuantía de la multa. Dicho volumen de negocios es el que resulta del informe de la Dirección de Competencia de 9 de marzo de 2016.

Precisamente es la confidencialidad de los datos de los que se ha valido la CNMC para determinar el volumen de ventas de los asociados a ALTC uno de los motivos en que ésta sustenta su recurso, en concreto se refiere al "informe parcial para la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2015 (recurso 940/2012 )", y alega la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva por la falta de inclusión de dicho informe en el expediente y a la infracción, por la misma causa, de los artículos 35.a) de la Ley 30/1992 y 53.a) de la Ley 39/2015 , que arrastraría la nulidad de la resolución.

Entendemos que se trata de una alegación, la de la indefensión padecida por esa causa, meramente formal cuando es la propia asociación que aglutina a los transportistas la que la invoca, siendo así que dispondría por esta razón de la máxima facilidad probatoria para desvirtuar los datos de volumen de ventas utilizados por la CNMC.

En todo caso, no está de más recordar la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta cuestión que se sintetiza en la sentencia de 25 septiembre 2015, recurso núm. 752/2013 , donde declara lo siguiente:

*"Sobre el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la práctica de medios de prueba, en su conflicto con los secretos comerciales, se ha pronunciado la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Pleno, en su Auto de 5 de octubre de 2006 .*

*En él la Sala ha dicho, en una serie de razonamientos referidos a la entrega el expediente administrativo:*

*«Alegan, en primer lugar, que el expediente administrativo debe serles entregado sin exclusión de los documentos declarados confidenciales. Entienden que la tesis sostenida en el Auto de 13 de julio de 2006 infringe los artículos 48 y 52.1 de la Ley Jurisdiccional , de los que resulta con evidencia -a juicio de la parte- que el expediente ha de ser entregado completo y que únicamente cabe excluir del mismo los documentos clasificados como secreto oficial. Sustentan los actores esta afirmación en la tesis de que no procede realizar ninguna clase de ponderación entre derechos o intereses en conflicto (el derecho de defensa, por un lado, y la protección jurídica de los secretos comerciales, por otro), ya que esa ponderación ha sido efectuada por el legislador, quien ha resuelto expresamente el conflicto al ordenar que todo el expediente se entregue, con una sola excepción (la relativa a la documentación clasificada con arreglo a la legislación de secretos oficiales), dando de este modo prevalencia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y sin que los órganos judiciales puedan sustituir el criterio del legislador por el suyo propio (...). Subsidiariamente, alegan que la ponderación de los intereses en conflicto debe solventarse a favor de la entrega de los documentos controvertidos, como condición para la efectividad de sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la defensa». Más adelante el Tribunal añade:*

*...«el Ordenamiento Jurídico ha otorgado una amplia y rigurosa protección a los secretos comerciales, que les ampara frente a revelaciones no consentidas por sus titulares. Tan es así que el Código Penal castiga dicha*



revelación como delito en su artículo 199 , dando a esta categoría la máxima protección que el Ordenamiento dispensa. Obvio es que los secretos comerciales afectan decisivamente a la misma subsistencia de las empresas en un entorno competitivo y en tal medida adquieren acomodo dentro de los derechos fundamentales a la propiedad ( art. 33 CE ) y a la libertad de empresa ( art. 38 CE ), singularmente dentro de este último, pues parece claro que del contenido esencial de ese derecho ( art. 53.1 CE ) forma parte el derecho a crear y mantener empresas en un sistema de economía de mercado y la creación y mantenimiento de la actividad empresarial puede verse gravemente lastrada si los secretos comerciales quedan desprotegidos. De ahí que la salvaguardia de la información comercial confidencial adquiera un nivel reforzado de protección que despliega su operatividad sobre el conjunto del Ordenamiento Jurídico y concretamente sobre la tramitación de los procesos contencioso-administrativos, sin que esta conclusión quede obviada por el hecho de que la Ley Jurisdiccional 29/1998 no haya contemplado expresamente esta categoría (...). Mal podrían considerarse protegidos esos secretos si se aceptase la tesis de los recurrentes de que las declaraciones de confidencialidad acordadas (...) caducan (pierden vigencia, en expresión literal de su escrito) una vez que finalizado el expediente administrativo, éste entre en la vía jurisdiccional. Si así se admitiera en los extensos e incondicionados términos que los actores exponen en su recurso de súplica, se produciría una consecuencia inaceptable, cual es que el mero dato de la interposición formal del recurso y la consiguiente reclamación y entrega del expediente servirían para un acceso ilimitado a la documentación protegida. En estas circunstancias, la salvaguardia de la documentación confidencial quedaría desprovista de cualquier utilidad práctica y eso no puede haber sido querido o aceptado por el legislador». (...) el Auto recurrido en súplica apunta la necesidad de efectuar un juicio de ponderación, necesariamente casuístico, a la hora de valorar si ha de prevalecer la protección del secreto comercial o este ha de ceder ante el derecho de defensa. Juicio de ponderación, que se despliega en el curso del proceso y que requiere de la colaboración de las partes procesales, a quienes corresponde la carga de aportar las razones que les asisten para reclamar el alzamiento de ese nivel de protección y el consiguiente acceso a la documentación protegida. Es, en efecto, carga de la parte que reclama la entrega no solo indicar que los documentos reclamados forman parte integrante del expediente administrativo (lo que va de suyo y no deja de ser una afirmación tautológica), sino también argumentar que el proceso de razonamiento técnico y jurídico que condujo a la decisión administrativa no puede ser fiscalizado con el solo examen de la documentación no confidencial sino que requiere forzosamente del estudio de la documentación protegida, más concretamente, de cada uno de los documentos cuya entrega se reclama. Si las razones suministradas a tal efecto revisten suficiente vigor desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela judicial efectiva, el levantamiento de la confidencialidad será jurídicamente obligado. Por el contrario, si no se expone de forma satisfactoria la necesidad de acceso al material confidencial habrá de prevalecer el amparo que el Ordenamiento presta a la confidencialidad. Evidentemente, este juicio de ponderación es por principio casuístico e irreductible a categorizaciones preestablecidas».

Y con respecto al momento procesal correcto para proceder a la ponderación de intereses, la Sala expresa:

«En definitiva, el examen de la confidencialidad se despliega a través de tres momentos o fases sucesivas. Un primer momento que corresponde a los órganos técnicos de naturaleza administrativa a quienes se les encomienda la inicial decisión sobre la declaración de confidencialidad. Un segundo momento, ya en el curso del proceso, en que la confidencialidad aún vigente y operativa se pone a disposición del órgano jurisdiccional ante la eventualidad de que deba ceder por mor de la preponderancia del derecho de defensa; y una tercera fase en que corresponde a la parte interesada en el conocimiento de esa documentación justificar ante el Tribunal la procedencia de su entrega a fin de que la Sala adopte la decisión procedente. Fase esta última que, como apuntaremos más adelante, puede tener lugar en la medida que el debate procesal haya alcanzado un nivel de desarrollo que nos permita formar un criterio sobre la cuestión asentado en bases más sólidas que las hasta ahora aportadas».

Por otra parte, el Auto de 13 de julio de 2006, asimismo de la Sala Tercera del Alto Tribunal ha ratificado que:

«A la hora de resolver sobre el posible conflicto entre la confidencialidad de la documentación y las exigencias de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva, en una contemplación integral del Ordenamiento Jurídico, hemos de partir de que las decisiones de declaración de confidencialidad efectuadas en sede administrativa no pierden vigor ipso facto por el hecho de que se impugne ante los órganos de la jurisdicción la resolución administrativa en cuyo procedimiento de adopción se realizó tal declaración. No existe previsión normativa alguna que imponga en sede jurisdiccional una automática pérdida de vigencia de la confidencialidad declarada en vía administrativa, pues no resulta lógico que lo que ha permanecido velado durante el procedimiento administrativo por un interés público o privado reconocido en la norma, pueda salir a la luz libremente y sin cortapisa alguna por la mera interposición de un recurso contencioso-administrativo. Se impone, pues, una valoración circunstanciada de cada caso concretamente examinado, a fin de cohonestar de forma singularizada el derecho a la defensa y la protección de los intereses públicos y privados que conducen a las limitaciones de acceso al expediente administrativo. Por eso, esta Sala, en Auto de seis de octubre de dos mil cinco , recaído en el Recurso Ordinario 533/1994, ha considerado que esta materia debe abordarse "desde la perspectiva conjunta

*de no provocar indefensión a ninguna de las partes en el proceso y, a la vez, mantener el equilibrio entre el conocimiento procesal de determinados datos relevantes para el éxito de las pretensiones pero simultáneamente amparados, en principio, por el secreto comercial", sin que sea dable una declaración formulada globalmente sobre la pertinencia o impertinencia de que conste en el expediente toda la documentación solicitada».*

(...)

*En suma no ha realizado la actora iniciativa alguna en orden a privar de confidencialidad, ante el Tribunal, a aquella documentación, de modo que el motivo debe ser, ya decimos que por su carácter formulario y estereotipado, desestimado".*

Doctrina que resulta aplicable a la recurrente que no ha proporcionado, insistimos, dato alguno que desvirtúe los asumidos por la CNMC para cuantificar la multa, razón por la que entendemos que la decisión de no levantar la confidencialidad de la documentación solicitada, no vulnera el derecho de defensa de la recurrente.

**QUINTO.-** So stiene en segundo lugar la parte actora, que la resolución de 30 de junio de 2016 incurre en falta de motivación porque no razona a la hora de recalcular el importe de la sanción la aplicación de los criterios de graduación previstos en el artículo 10.2 de la Ley 16/1989 . Tampoco explica el proceso que ha seguido la Autoridad de la Competencia para obtener el porcentaje de minoración de la sanción del 3%.

Conviene recordar que la resolución que ahora se recurre se dictó en ejecución de lo resuelto en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2015 , por lo que este pronunciamiento constituye la pauta a la que debe ajustarse la decisión de la CNMC al cuantificar el importe de la multa y el criterio con arreglo al cual han de valorarse los motivos impugnatorios de la asociación recurrente.

En concreto, es en su fundamento de derecho octavo donde la sentencia resuelve la cuestión relativa a la cuantificación de la multa. Y la razón de decidir que lleva al Tribunal Supremo a estimar el recurso de casación en este extremo se resume en el último párrafo de ese fundamento al reseñar que "No podemos asumir el modo de proceder que acabamos de describir pues el precepto legal señala con claridad que el límite máximo de la sanción es "... el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal", lo que significa que en este caso debe estarse al volumen de ventas del año 2007, sin que la norma habilite al órgano sancionador para sustituir esa referencia temporal por otra distinta, ni le autoriza a que proceda a la estimación del volumen de ventas mediante la conjugación y extrapolación de datos de procedencia tan dispar y referidos a anualidades diferentes".

La actora sostiene que la resolución recurrida incurre en falta de motivación porque no razona a la hora de recalcular el importe de la sanción la aplicación de los criterios de graduación previstos en el artículo 10.2 de la Ley 16/1989 .

Sin embargo, la sentencia del TS, tras reproducir el párrafo de la resolución sancionadora de 1 de abril de 2008 en el que concreta la aplicación práctica de los criterios de graduación del art. 10.2 de la Ley 16/1989 , señala lo siguiente:

*"Con ello la resolución sancionadora está invocando y aplicando algunos de los parámetros de graduación que se enuncian en el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , para materializar el principio de proporcionalidad. Sin embargo, la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia se aparta de lo dispuesto en el apartado 1 del citado artículo en el que, como hemos visto, se determina que el límite máximo de la sanción es el 10% "...del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal".*

Y añade después:

*"De este modo, conjugando datos de distinta procedencia y referidos a anualidades diferentes, la Comisión Nacional de la Competencia concluye su estimación señalando que la facturación de los asociados a Transcont es de 73,4 millones de euros y la de los asociados a Altc de 76 millones. La resolución no especifica a qué año vienen referidas tales estimaciones de facturación; pero es claro que no pueden ser al año 2007 pues, como acabamos de señalar, ninguno de los datos utilizados por la Comisión en sus cálculos se refiere a ese ejercicio. En fin, sobre esas cifras de facturación estimadas aplica el 10%, resultando de ello el importe de las multas de 7,34 millones de euros para Transcont y 7,6 millones de euros para Altc".*

Para terminar, como decíamos, declarando que el volumen de ventas debe referirse al año 2007.

En definitiva, el Tribunal Supremo no cuestiona la aplicación de los criterios del art. 10.2 que hizo la resolución sancionadora que entiende correctos y, tampoco discute el porcentaje, sino solo la cifra sobre la cual debe ser aplicado, lo que necesariamente condiciona el análisis de legalidad que cabe hacer ahora de la resolución recurrida.



Ello nos lleva a rechazar el motivo de la demanda que denuncia la falta de motivación pues la sentencia del Tribunal Supremo no imponía volver a razonar la aplicación de los criterios del art. 10.2 de la Ley 16/1989 pues solo obligaba a aplicar el porcentaje sobre el volumen de ventas del año 2007 y a establecer alguna diferencia respecto de la sanción impuesta a TRASCONT pues " *al no constar acreditada la intervención de Altc en todas las actividades que conforman la actividad del cartel pone de manifiesto la menor amplitud e intensidad de la participación de Altc en la conducta infractora*".

Y así lo ha hecho la resolución recurrida reduciendo la sanción inicialmente impuesta sin que el hecho de que no precise el proceso de determinación del porcentaje de reducción en un 3% implique falta de motivación pues, 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)*".

**SEXTO.-** Denuncia finalmente la actora la infracción del principio de proporcionalidad de la sanción impuesta en la resolución de 30 de junio de 2016 porque entiende que ésta, debería haberse calculado sobre la base del volumen de negocios de los miembros de ALTC una vez descontados los importes correspondientes a los trabajos de transporte subcontratados a otros transportistas. Además, porque debió calcularse atendiendo al volumen de negocios con respecto al mercado en cuyo ámbito se produjo la conducta sancionada. También, porque interpreta erróneamente el artículo 10 de la Ley 16/1989 al no constituir el porcentaje sancionador en él previsto un tipo máximo aplicable según la graduación de las circunstancias del caso. Finalmente, porque no tiene en cuenta la duración y efectos de las conductas de ALTC enjuiciadas ni el beneficio ilícito obtenido cuestionando también el coeficiente reductor aplicado.

La posibilidad de acoger ahora este criterio tropieza con los términos en que se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de febrero de 2015 a cuya ejecución obedece, la resolución aquí recurrida. Sentencia que fija unos parámetros de ejecución bien concretos y del todo extraños a esa limitación, de tal suerte que aplicarla ahora supondría, necesariamente, el incumplimiento de lo resuelto por el Tribunal Supremo.

Y es que, en realidad, la ejecución estricta de la sentencia y, con ella, la validez de la cuantificación de la multa, queda reducida a la adecuada aplicación del 10% al volumen de negocios en el año 2007 de los asociados a ALTC, sin que los términos de la sentencia del Tribunal Supremo permitan entender la procedencia de descontar del volumen de negocio los importes correspondientes a los trabajos de transporte subcontratados a otros transportistas.

Se trata de una operación sencilla que determina que solo de justificarse que la CNMC ha alterado aquel dato podría estimarse del recurso.

La parte sobre la cual pesa la carga de hacerlo no ha acreditado dicha alteración cuando estaba a su alcance requerir a los asociados de ALTC la aportación de su volumen de negocio en el año 2007 con el fin de desvirtuar las cifras asumidas por la Comisión, lo que obliga a desestimar el recurso.

Sin que para ello suponga tampoco obstáculo suficiente la invocación del límite de proporcionalidad que ha de suponer el beneficio ilícito en los términos en que lo expone la misma recurrente en su demanda en la que tan solo critica la falta de determinación de dicho límite por parte de la CNMC, pero sin fijar cual sería éste con el fin de evidenciar que la multa finalmente impuesta pudiera excederlo y con ello, vulnerar el principio de proporcionalidad.

**SÉPTIMO.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, las costas de esta instancia deberán ser satisfechas por la entidad actora.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido por el Procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro en nombre y representación de la **ASOCIACION LOGISTICA DE TRANSPORTE DE CONTENEDORES ("ALTC")**, contra la resolución de 30 de junio de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 7.149.037,70 € euros por la comisión de una infracción muy grave de la Ley de Defensa de la Competencia, resolución que se declara ajustada a Derecho





Con expresa im posición de costas a la parte actora.

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 19/07/2018 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ