



Roj: **SAN 2990/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2990**

Id Cendoj: **28079230062018100345**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/06/2018**

Nº de Recurso: **461/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1980/2014,**
SAN 2990/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000461 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04414/2015

Demandante: TRANSPORTES INTERNACIONALES INTERTIR, S.L.

Procurador: D. JACOBO DE GANDARILLAS MARTOS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintinueve de junio 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. 461/2015, promovido por el Procurador D. Jacobo de Gandarillas Martos, en nombre y en representación de la mercantil TRANSPORTES INTERNACIONALES INTERTIR, S.L., contra la resolución dictada en fecha 7 de mayo de 2015 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0120/08 (Transitarios) en ejecución de la sentencia firme dictada por la Audiencia Nacional (Sección Sexta) de 7 de abril de 2014 (rec. nº 573/2010) por la cual se



impuso la sanción de multa por importe de 59.687 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada 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 sentencia por la que se anule y se deje sin efecto la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 7 de mayo de 2015 por la que se procede al recalcuro de la sanción impuesta a mi principal en el marco del expediente VS/120/08 Transitarios en cumplimiento de lo dispuesto por la sentencia de fecha 7 de abril de 2014, corregida mediante auto de aclaración de 21 de julio de 2014, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso 573/2010 y se ordene dictar otra por la que, de conformidad con los razonamientos expuestos en el cuerpo del escrito se cifre la sanción a imponer a INTER-TIR en una suma no superior a 9.274 euros. Subsidiariamente, para el caso de que se entienda que la Sala puede minorar directamente la sanción, que dicha sanción sea minorada hasta la expresada suma de 9.274 euros, todo ello con imposición de costas a la Administración demandada"

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

TERCERO. - Posteriormente se otorgó trámite de conclusiones a las partes y una vez aportados quedaron las presentes actuaciones pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló para el día 27 de junio 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 TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR, S.L. impugna la resolución dictada en fecha 7 de mayo de 2015 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0120/08 (Transitarios) en ejecución de la sentencia firme dictada por la Audiencia Nacional (Sección Sexta) de 7 de abril de 2014 (rec. nº 573/2010) y, en consecuencia, se impone a la recurrente la sanción de multa por importe de 59.687 euros.

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 31 de julio de 2010 resolución, en el expediente S/0120/08 (Transitarios), en la que acordó:

"PRIMERO. Declarar que en el presente expediente ha quedado acreditada la existencia de una conducta colusoria prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007 y 101 del TFUE en los términos descritos en los Fundamentos de Derecho Cuarto, Quinto y Sexto de esta Resolución.

SEGUNDO. Declarar responsables de esta infracción a (...) TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR, S.L. (...).

QUINTO. Imponer una multa de 317.000 euros a TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR S.L."

b) Dicha resolución se notificó a la mercantil ahora recurrente e interpuso frente a la misma recurso contencioso-administrativo que se estimó parcialmente por la Audiencia Nacional mediante sentencia dictada en fecha 7 de abril de 2014 (rec. nº 573/2010) en cuanto a la determinación de la cuantía de la multa y ordenó realizar una nueva cuantificación atendiendo básicamente a que la base del cálculo debía ser el volumen de negocios del ejercicio anterior en el ámbito en el que se produjo la infracción.

c) Y en ejecución de la sentencia firme dictada por la Audiencia Nacional, la CNMC ha dictado la resolución que constituye el objeto del presente proceso que sanciona a la mercantil INTER-TIR, TRANSPORTES INTERNACIONALES con la multa por importe de 59.687 euros que resulta de aplicar el tipo sancionador del 4% a la cantidad de 1.492.180 euros que se corresponde con la facturación total de los servicios transitarios con origen España y destino otro país europeo en el segmento del grupaje de la recurrente en el ejercicio 2009.

TERCERO. - En el escrito de demanda presentado por la mercantil recurrente se cuestiona el importe de la multa así como el método de cuantificación de la misma. Y solicita la nulidad de la multa impuesta pues entiende que la CNMC no ha indicado las razones y motivos que le han llevado a fijar una determinada cuantía, pues

sostiene que desconoce los criterios que ha seguido la CMNC para fijar su importe y, además, añade que éste resulta desproporcionado.

Justifica la anterior afirmación discrepando de la base que debe tenerse en cuenta para determinar la cuantía de la sanción. Así, frente a la cantidad de 1.492.000 euros que ha tenido en cuenta la CNMC como base para cuantificar la sanción y que se corresponde con la facturación de la recurrente en el ejercicio 2009 en el mercado del "grupaje", la recurrente entiende que debe ser la cantidad de 1.032.812,41 euros que es el importe que se corresponde con su facturación en el ejercicio 2009 en el ámbito exclusivo del mercado de transporte de mercancías de grupaje y, por tanto, solo incluye la facturación en el ámbito de los "portes" ya que considera que no debe incluirse en la base para cuantificar la sanción la facturación del resto de servicios que presta la recurrente aunque tengan relación con el grupaje porque no son transporte de grupaje (transporte de cargas de hasta 3.000 km con cierta estandarización en su organización con salidas semanales a puntos concretos pero sin necesidad de una recogida diaria). Y, añade, que además al importe de facturación por el concepto "portes" debe quitarse la cantidad correspondiente a la facturación emitida a cargo de corresponsables o agentes extranjeros que asciende a 105.406,89 euros. Y por ello, la recurrente concluye que la base del cálculo de la sanción debe reducirse a la cantidad de 927.405,52 euros.

Y en cuanto al tipo sancionador que se ha aplicado por la CNMC - un 4% sobre la facturación grupaje de la recurrente en el ejercicio 2009 -señala que carece de motivación porque se ha aplicado un tipo sancionador elevado cuando no concurren en el caso de la recurrente ni circunstancias atenuantes ni agravantes. Y solicita que se le sancione de forma más leve como puede ser aplicando el tipo del 2,45% como así ha aplicado la CNMC en otros expedientes sancionadores.

CUARTO.- 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 de 7 de abril de 2014 se ha ajustado a las determinaciones referidas en dicha sentencia que, por su fecha, no se ha visto afectada por la jurisprudencia fijada por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015, reiterada en muchas otras posteriores, en cuanto a los criterios que deben tenerse en cuenta para la determinación de la cuantía de las multas impuestas por la realización de conductas tipificadas como infracción muy grave en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

Y por ello en el caso analizado se puede tomar como base para el recalcu de la cuantía de la sanción "el volumen de negocios del ejercicio anterior en el ámbito en el que se produjo la infracción" porque así se declaró en la sentencia que se ejecuta por la CNMC. Y la CNMC atendiendo a la información aportada por la propia recurrente utiliza como base para el citado recalcu de la sanción la facturación total de la empresa en el mercado de los servicios transitarios en el segmento del grupaje -1.492.000,18 euros-. No podemos aceptar la pretensión de la recurrente cuando quiere fijar como base del recalcu de la sanción la facturación exclusiva de los servicios transitarios en el sector de los portes excluyendo el resto de las actividades empresariales que conlleva la realización de esos portes y que están relacionados entre sí y se complementan.

Asimismo rechazamos que sea desproporcionado el tipo sancionador del 4% aplicado por la CNMC. La sentencia de la Audiencia Nacional que ejecuta la CNMC afirma que en las infracciones muy graves -como es la imputada a la recurrente- el 10% es el límite del arco sancionador que se modulará dentro de la escala del 0,1% al 10% atendiendo a las circunstancias agravantes, atenuantes, duración y gravedad de la infracción cometida. Circunstancias que se recogieron en la resolución de la CNC de 31 de julio de 2010 y que se confirmaron en la sentencia dictada por la Audiencia Nacional que ahora se ejecuta y, por tanto, no cabe ahora poner en duda. Así respecto de la recurrente Transportes Internacionales INTER-TIR, S.L. se consideró que su participación en el cártel tuvo una duración considerable en el tiempo pues se extendió desde octubre del año 2000 hasta noviembre del año 2008.

Y en relación con la gravedad de la conducta cometida se indica en la sentencia referida de la Audiencia Nacional que: *"Se ha producido un diseño de la estrategia de repercusión de costes y sobre cómo comportarse en el mercado con sus clientes respecto de una variable fundamental, el precio. Se han coordinado sobre si iban a subir tarifas, cuando y en qué orden de magnitud. Las empresas imputadas han pretendido y conseguido reducir la incertidumbre a la que se enfrentan sobre sus costes y sobre cuando, como y en qué medida iban a realizar cada una de ellas el incremento de tarifas. Decisión que, no cabe duda, deben adoptar individualmente y con plena autonomía, sin ningún tipo de coordinación previa"*. Y la sentencia que se ejecuta por la CNMC añadió: *"La aptitud de la conducta para distorsionar la competencia es elevada: por su naturaleza, un cártel de empresas; por su duración y estabilidad, más de 8 años y por su alcance: el acuerdo afecta a un negocio crucial para la competitividad de la economía española y para el abastecimiento de los mercados nacionales y está protagonizado por importantes oferentes de este tipo de servicios. Este tipo de conductas, en las que se sustituye la iniciativa empresarial individual por la concertación para trasladar incrementos de costes a precios no hacen sino contribuir a la indiciación de los precios de la economía española, con la consiguiente pérdida de*



competitividad. En estas condiciones no cabe hablar de conducta de menor importancia. Todo lo contrario, son aspectos a tener en cuenta de cara a graduar la infracción de la conducta y calcular la sanción".

Por tanto, la CNMC tuvo en cuenta esos criterios para la graduación del tipo sancionador para fijarlo en el 4% y, toda vez que se encuentra por debajo de la media del tipo sancionador, esta Sala no entiende que sea desproporcionado atendiendo a la gravedad y duración de la infracción sancionada. No se considera que el tipo sancionador aplicado del 4% sea arbitrario; por otra parte, no puede olvidarse el margen de discrecionalidad que corresponde a la CNMC para poder fijar el tipo sancionador de acuerdo con las circunstancias particulares de la sancionada.

En consecuencia, no podemos compartir con la recurrente ni la falta de motivación en la determinación del importe de la sanción ni tampoco su falta de proporcionalidad en su fijación sin que sean admisibles como términos de comparación para invocar arbitrariedad en su determinación los concretos tipos sancionadores tenidos en cuenta por la CNMC en otros expedientes sancionadores en los que difícilmente puede concurrir identidad de circunstancias como para poder exigir la aplicación del mismo tipo sancionador. Y 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)."

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 461/2015, promovido por el Procurador D. Jacobo Gandarillas Martos, en nombre y en representación de la mercantil TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR, S.L., contra la resolución dictada en fecha 7 de mayo de 2015 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0120/08 (Transitarios) en ejecución de la sentencia firme dictada por la Audiencia Nacional (Sección Sexta) de 7 de abril de 2014 (rec. nº 573/2010) por la cual se impuso la sanción de multa por importe de 59.687 euros 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 notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 04/07/2018 doy fe.