



Roj: **SAN 2908/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2908**

Id Cendoj: **28079230062018100323**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/06/2018**

Nº de Recurso: **393/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000393 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04545/2016

Demandante: ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE AUTOPATRONOS Y EMPRESARIOS DE TRANSPORTES DE CONTENEDORES Y AFINES POR CARRETERA DE LA PROVINCIA DE BARCELONA (TRANSCONT)

Procurador: D^a MARÍA JESÚS GONZÁLEZ DÍEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

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^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintinueve de junio de dos mil dieciocho.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 393/16 promovido por la Procuradora D^a María Jesús González Díez en nombre y representación de la **ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE AUTOPATRONOS Y EMPRESARIOS DE TRANSPORTES DE CONTENEDORES Y AFINES POR CARRETERA DE LA PROVINCIA DE BARCELONA (TRANSCONT)**, 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 4.790.286,70 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 "... dicte en su día Sentencia de conformidad con la pretensión obrante en el Fundamento de Derecho Tercero, y por ello, acuerde (i) declarar la nulidad de pleno derecho, o anulabilidad, de la Resolución impugnada y por ello, la anulación de la sanción impuesta a mi mandante de 4.790.286,70.- €, (ii) subsidiariamente, reducir el importe de la sanción al resultar la misma manifiestamente desproporcionada, (iii) todo ello con imposición de costas a la Administración demandada".

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 .- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 30 de mayo de 2017, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- A través de este proceso impugna la entidad actora 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 4.790.286,70 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 TRANSCONT (Asociación Provincial de Autopatronos y Empresarios de Transporte de Contenedores y Afines por Carretera de la Provincia de Barcelona) y le imponemos una multa de €uros 4.790.286,70.

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 199/08, concluyó por sentencia de 19 de enero de 2012 en cuyo fallo se acordaba lo siguiente:

"Qu e desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación de Autopatronos y Empresarios de Transporte de Contenedores y Afines por Carretera (TRANSCONT)..... frente a la Administración de Estado..... sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 1 de abril de 2008, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada y, en consecuencia, debemos confirmarla y la confirmamos, sin expresa imposición de costas".

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. 940/2012), resolvió como sigue:

" 1.- Ha lugar al recurso de casación nº 940/2012 interpuesto en representación de la ASOCIACIÓN DE AUTOPATRONOS Y EMPRESARIOS DE TRANSPORTE DE CONTENEDORES Y AFINES POR CARRETERA (TRANSCONT) contra la Sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de Enero de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 199/2008) que ahora queda anulada y sin efecto.

2. - Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de TRANSCONT 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 7.340.000 euros; y anulamos la referida resolución únicamente en cuanto se refiere a la cuantía de la multa, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados 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 Transcont en el año 2007, 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, siendo este acuerdo el que se impugna mediante el recurso contencioso-administrativo con el que se inició este proceso.

SEGUNDO.- En su demanda esgrime TRANSCONT 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.

Puesto 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, es evidente 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 séptimo 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".

Como primera cuestión a despejar, procede analizar si la sentencia exige a la CNMC la determinación de un nuevo porcentaje o, por el contrario, y como ha entendido la misma Comisión, asume como correcto el 10% aplicado en la resolución inicial y sólo impone que dicho porcentaje se aplique sobre el volumen total de ventas del año 2007.

Una atenta lectura de la sentencia nos lleva a concluir que, en efecto, su crítica se centra solo en el volumen de ventas a considerar por cuanto, después de transcribir una parte de la resolución, sobre los criterios de ponderación relacionados con la importancia de la infracción, 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 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 en rigor recurrida. Sin que obligue a conclusión distinta, como supone la entidad recurrente, el tenor literal de la parte dispositiva de la sentencia que necesariamente ha de interpretarse en consonancia con su fundamentación jurídica misma, a la que nos hemos referido.

Ello nos lleva a rechazar el motivo de la demanda que denuncia la falta de motivación pues TRANSCONT lo refiere únicamente al porcentaje aplicado.

TERCERO .- Sentado lo anterior, ha de decirse que la resolución de 30 de junio de 2016 relaciona, con nombre y apellidos, los 535 asociados a TRANSCONT en el año 2007 (hecho probado tercero). También incluye el volumen de negocios de 413 de los asociados en ese ejercicio, que asciende a 47.902.867,02 euros (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 TRANSCONT 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 o aparental 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 procesalmente 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".



Lo que, desde luego, resulta aplicable a la recurrente que no ha proporcionado, insistimos, dato alguno que desvirtúe los asumidos por la CNMC para cuantificar la multa.

CUARTO .- El último de los motivos de la demanda denuncia la falta de proporcionalidad de la sanción con remisión al artículo 10.1 de la Ley 16/1989 en los términos en que lo ha interpretado esta misma Sección cuando se trata de sancionar a asociaciones, como resulta de la sentencia de 29 de enero de 2013 , que transcribe parcialmente, y de la resolución de 20 de enero de 2011 de la propia CNCV, que situarían en 901.518,16 euros (150 millones de pesetas) el límite de la sanción cuando la infractora fuera una asociación por entender que, en tal caso, se trata de un operador que carece de cifra de negocios.

La posibilidad de acoger ahora este criterio tropieza con los términos en que se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la tan repetida sentencia de 16 de febrero de 2015 a cuya ejecución obedece, no lo olvidemos, 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.

También insiste aquí la recurrente en que no se han tomado en consideración los criterios de graduación de la sanción, por lo que nos remitimos a lo ya argumentado en el fundamento anterior sobre el porcentaje a aplicar y lo decidido al respecto en la sentencia de casación.

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 TRASCONT.

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 TRANSCONT 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.

QUINTO.- En aplicación de 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 la Procuradora D^a María Jesús González Díez en nombre y representación de la **ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE AUTOPATRO NO S Y EMPRESARIOS DE TRANSPORTES DE CONTENEDORES Y AFINES POR CARRETERA DE LA PROVINCIA DE BARCELONA (TRANSCONT)**, 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 4.790.286,70 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 03/07/2018 doy fe.