



Roj: **SAN 1994/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:1994**

Id Cendoj: **28079230062014100266**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **16/04/2014**

Nº de Recurso: **568/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1994/2014,**
STS 1062/2016

SENTENCIA

Madrid, a dieciseis de abril de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Transnatur S.A**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. Francisco Miguel Muñoz-Cuéllar, siendo asistida por el letrado Sr. Iñigo Igartúa Arregui, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, siendo codemandadas **DSV AIR & SEA S.A.U.**, representada por el **Procurador Sr.D José Luis García Guardia**, y **BCN Aduanas y Transportes S.A.**, representada por el **Procurador Sr.D. Jacobo de Gandarillas Martos**, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 31 de julio de 2010**, relativa a sanción, y la cuantía del presente recurso 3.037.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Transnatur S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº. Francisco Miguel Velasco Muñoz-Cuéllar, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 31 de julio de 2010, que impone a la actora la sanción de multa de 3.037.000 euros.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando la anulación de la resolución impugnada, o la reducción de la cuantía de la multa en los términos solicitados.

Dentro de plazo legal la Administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y solicitando la confirmación de la resolución impugnada. Las partes codemandadas evacuaron dicho trámite en la forma que consta en autos, oponiéndose a la demanda y alegando la falta de legitimación pasiva de la actora por parte de DSV AIR & SEA S.A.U.

TERCERO : Habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, y admitida por auto de 11 de marzo de 2.013, fue practicada la misma, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 18 de marzo de 2.014,. Los Magistrados D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO y D. JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA, formulan voto particular.

CUARTO : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma no habiéndose dictado en plazo la sentencia, dada la voluminosidad de los autos.



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 31 de julio de 2010, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 3.037.000 euros por infracción del Artículo 1 de la Ley 15 /2007 de Defensa de la Competencia.

La Resolución impugnada determina en su parte dispositiva, en lo que ahora interesa:

" 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 ABX LOGISTICS ESPAÑA, S.A. (actualmente denominada, DSV AIR & SEA, S.A.), DHL EXPRESS BARCELONA SPAIN, S.L. y su matriz DEUTSCHE POST AG, RHENUS LOGISTICS, S.A., SALVAT LOGÍSTICA, S.A., SPAIN-TIR TRANSPORTES INTERNACIONALES, S.A., TRANSNATUR, S.A. y TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR, S.L.

TERCERO.- Declarar que ABX LOGISTICS ESPAÑA, S.A. (actualmente denominada, DSV AIR & SEA, S.A.) reúne los requisitos previstos en el artículo 65 de la LDC , por lo que se acuerda eximirle del pago de la multa que este Consejo hubiera podido imponerle.

CUARTO.-Declarar que SPAIN-TIR TRANSPORTES INTERNACIONALES, S.A., reúne los requisitos del artículo 66 LDC , por lo que se acuerda aplicarle la reducción del importe de la multa que se describe en el Fundamento de Derecho Undécimo.

QUINTO.- Imponer una multa de:

3.037.000 euros a TRANSNATUR, S.A...

SEXTO.- Intimar a las empresas relacionadas en el Resuelve Segundo a que en lo sucesivo se abstengan de realizar las conductas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

SÉPTIMO.- Instar a la Dirección de Investigación de la CNC para que vigile el cumplimiento de esta Resolución."

SEGUNDO.- Son hechos acreditados en autos, que se deducen de la documental que consta en el expediente administrativo los que a continuación se exponen, aceptándose los expuestos en la resolución impugnada que damos por reproducidos, al margen de lo que exponamos en ulteriores fundamentos de derecho:

1. Con fecha 28 de febrero de 2008, conforme a lo dispuesto en los artículos 65 de la LDC , y apartados 2 y 3 del artículo 46 del RDC, la entonces representación legal de la mercantil ABX LOGISTICS ESPAÑA, S.A., en su propio nombre, así como, en la medida de lo necesario, de la totalidad de entidades que conforman el grupo al que pertenece, presentó verbalmente a la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), una solicitud de exención del pago de la multa relativa a una presunta infracción del artículo 1 de la LDC , acompañada de la correspondiente información y de los elementos de prueba. La declaración hacía referencia a reuniones celebradas entre directivos de empresas logísticas desde septiembre de 2003 en las que se trataban aspectos relacionados con el negocio transitario por carretera.

La empresa solicitante de exención realizó el 1 de octubre de 2008 una declaración complementaria que fue posteriormente ampliada el 14 de noviembre de 2008.

2. El 14 de noviembre de 2008, tras analizar y valorar la información y elementos de prueba presentados por ABX, previa comprobación de la existencia de actuaciones que pudieran constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del TFUE (antes art. 81 del TCE) en el mercado español de actividades transitarias por carretera, la Dirección de Investigación, en virtud del artículo 65.1.a) de la LDC y del artículo 47.1 del RDC, concedió a dicha empresa la exención condicional del pago de la multa, por considerar que había aportado suficientes elementos de prueba, permitiendo ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el artículo 40 de la LDC en relación con el cártel descrito en su solicitud de exención. Este acuerdo de concesión de la exención condicional fue notificado el 27 de noviembre de 2008.

3. El 17 de noviembre de 2008 la DI, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC , acordó la incoación del expediente sancionador S/0120/08 Transitarios, por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y en el artículo 1 de la LDC , así como en el artículo 101 del TFUE (antes art. 81 del TCE), contra las empresas ABX LOGISTICS ESPAÑA, S.A. (ABX), BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA, S.A. (BWS), BOFFIL ARNAN, S.A. (B&A), DHL EXPRESS BARCELONA SPAIN, S.L. (DHL), RHENUS IHG IBÉRICA, S.A. (RHENUS), SALVAT LOGISTICA, S.A. (SALVAT), SPAIN-TIR TRANSPORTES INTERNACIONALES, S.A. (SPAIN-TIR), TRANSNATUR,

- S.A. y TRANSPORTES Y NAVEGACIÓN RAMIREZ HERMANOS, S.A. y TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR, S.L. (Grupo RAMINTER).
4. El 18 de noviembre de 2008, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 de la LDC , la Dirección de Investigación llevó a cabo inspecciones simultáneas en las sedes de SALVAT LOGISTICA, S.A., SPAIN-TIR TRANSPORTES INTERNACIONALES, S.A., TRANSNATUR, S.A., así como en la común de TRANSPORTES Y NAVEGACIÓN RAMIREZ HERMANOS, S.A. y TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR, S.L., notificándose en dicho momento a tales empresas la incoación del expediente sancionador S/0120/08 Transitarios. En esa misma fecha la DI notificó el acuerdo de incoación del expediente sancionador S/0120/08 Transitarios al resto de las empresas incoadas que no fueron objeto de inspección.
 5. El 28 de noviembre de 2008, DHL EXPRESS BARCELONA SPAIN, S.L., en su propio nombre, así como en el de su matriz DEUTSCHE POST AG, presentó ante la CNC una solicitud verbal de exención del pago de la multa o, subsidiariamente, de reducción del importe de la multa en el ámbito del expediente S/0120/08. DHL EXPRESS BARCELONA SPAIN, S.L. informó a la DI de su participación en las reuniones entre directivos de empresas transitarias del negocio por carretera entre 2003 y 2007.
 6. El 1 de diciembre de 2008 ABX facilitó a la DI una serie de datos e informaciones, completando la solicitud presentada el 28 de febrero de 2008.
 7. El 2 de diciembre de 2008, en aplicación del artículo 47.1 de la LDC , SALVAT LOGÍSTICA, S.A. (desde ahora, SALVAT) y TRANSNATUR, S.A. (desde ahora, TN) y el 3 de diciembre de 2008, TRANSPORTES Y NAVEGACIÓN RAMIREZ HERMANOS, S.A. y TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR, S.L.,(desde ahora, RAMINTER), interpusieron sendos recursos ante la CNC contra el acuerdo de incoación, las Órdenes de Investigación autorizando las inspecciones en las citadas empresas y contra los actos de la DI realizados en el ámbito de dichas inspecciones en sus respectivas sedes.
 8. El 4 de diciembre de 2008, de conformidad con lo establecido en el artículo 47.2 del RDC y al no cumplirse las condiciones establecidas en el artículo 65.1 de la LDC , la DI acordó rechazar la solicitud de exención presentada por DHL. No obstante, teniendo en cuenta que en dicha solicitud DHL, subsidiariamente, solicitaba que ésta fuera considerada como una solicitud de reducción del importe de la multa a efectos del artículo 66 de la LDC , la DI consideró examinar la información y los elementos de prueba presentados de conformidad con lo previsto en el artículo 66 de la LDC . A tales efectos, como se indica en el acuerdo de 4 de diciembre de 2008, de conformidad con lo establecido en el artículo 50.2 del RDC, la solicitud de reducción del importe de la multa se entiende presentada en la CNC el 28 de noviembre de 2008. El acuerdo de 4 de diciembre de 2008 fue notificado el 10 de diciembre de 2008.
 9. El 16 de diciembre de 2008 la DI notificó a SPAIN-TIR TRANSPORTES INTERNACIONALES, S.A. (en adelante, SPT) la incorporación al expediente S/0120/08 Transitarios de la totalidad de la documentación en formato papel recabada en la inspección realizada en dicha empresa, así como la devolución de parte de la documentación en formato electrónico, al no considerarse relevante de acuerdo con el objeto de la investigación. Mediante dicho oficio, igualmente, se otorgaba a SPT un plazo para presentar el correspondiente escrito justificando, en su caso, la confidencialidad de los citados documentos y las versiones censuradas de los mismos. SPT no solicitó de la DI la confidencialidad de documento alguno en formato papel.
 10. El 18 de diciembre de 2008 DHL realizó en la sede de la CNC una declaración verbal completando su solicitud de reducción de 28 de noviembre de 2008, en la que, entre otras cuestiones, manifiesta que esta solicitud se presenta por DEUTSCHE POST en su nombre, así como en el de sus filiales españolas, DHL EXPRESS IBERIA, S.L., DHL EXPRESS BARCELONA, S.L. y DHL FREIGHT, S.L. El 19 de diciembre de 2008 DHL completó su solicitud de reducción del importe de la multa presentada el 28 de noviembre de 2008, adjuntando nueva documentación.
 - 11 .También el 18 de diciembre de 2008, DEUTSCHE BAHN AG, en nombre propio, así como en el de todas las filiales de su grupo, entre las que se encuentra SPT, realizó en la sede de la CNC una declaración solicitando la reducción del importe de la multa, de conformidad con el artículo 66 de la LDC y el artículo 49 y siguientes del RDC, referente a reuniones entre directivos de empresas transitarias del negocio por carretera durante el periodo 1991-2008.
 12. El 2 de enero de 2009 la DI notificó a RAMINTER, TRANSNATUR y SALVAT la devolución de determinada documentación en formato papel recabada en la inspección realizada en su sede, así como la incorporación al expediente del resto de la misma. Mediante dicho oficio, igualmente, se otorgaba un plazo para que presentaran el correspondiente escrito justificando, en su caso, la confidencialidad de los documentos en formato papel y las versiones censuradas de los mismos. RAMINTER y TRANSNATUR no solicitaron la confidencialidad



- de documento alguno. SALVAT solicitó la confidencialidad de ciertos documentos, que le fue concedida parcialmente.
13. Mediante las resoluciones de 3 de febrero de 2009, el Consejo de la CNC inadmitió los recursos interpuestos en el ámbito de este expediente por SALVAT (R/0008/08 Transitarios 1), TRANSNATUR (R/0009/08 Transitarios 2) y RAMINTER (R/0010/08, Transitarios 3).
14. El 9 de febrero de 2009 DHL completó la solicitud de reducción del importe de la multa presentada el 28 de noviembre de 2008 a través de una declaración complementaria.
15. El 6 de marzo de 2009 RHENUS IHG IBÉRICA, S.A. informó a la DI de su cambio de denominación, pasando a ser RHENUS LOGISTICS, S.A.
16. El 23 de marzo de 2009 la Secretaría del Consejo de la CNC informó a la DI de la interposición por SALVAT del recurso nº 91/2009 ante la Audiencia Nacional, contra la resolución de 3 de febrero de 2009 del Consejo de la CNC relativa al recurso R/0008/08, Transitarios 1, remitiéndose el 24 de marzo de 2009 a la Audiencia Nacional el expediente administrativo R/0008/08 para su incorporación al mencionado recurso.
17. Analizada la documentación electrónica recabada en las inspecciones realizadas el 18 de noviembre de 2008, a lo largo de los meses de marzo y abril la Dirección de Investigación procedió a notificar a cada una de las empresas inspeccionadas el acuerdo por el que se disponía la incorporación al expediente de la documentación en formato electrónica seleccionada, dándoles un plazo para solicitar la confidencialidad de manera motivada, así como a devolver la copia de la CNC de los DVDs con la información recabada en formato electrónico durante la inspección.
18. El 13 de mayo de 2009 DEUTSCHE BAHN AG, en nombre propio, así como en el de todas las filiales de su grupo, entre las que se encuentra SPT, completó la solicitud de reducción del importe de la multa presentada el 18 de diciembre de 2008, de conformidad con el artículo 66 de la LDC y el artículo 49 y siguientes del RDC.
19. El 14 de mayo de 2009 la Secretaría del Consejo de la CNC informó a la DI de la interposición por RAMINTER del recurso nº 149/2009 ante la Audiencia Nacional, contra la resolución de 3 de febrero de 2009 del Consejo de la CNC relativa al recurso R/0010/08, Transitarios 3, remitiéndose el 19 de mayo de 2009 por la Secretaría del Consejo de la CNC a la Audiencia Nacional el expediente administrativo R/0010/08 para su incorporación al mencionado recurso.
20. El 20 de mayo de 2009 DEUTSCHE BAHN AG, en nombre propio, así como en el de todas las filiales de su grupo, entre las que se encuentra SPT, completó la solicitud de reducción del importe de la multa presentada el 18 de diciembre de 2008.
21. El 15 y 16 de junio de 2009 la DI puso en conocimiento de las empresas solicitantes de la exención o reducción de multa conforme a los artículos 65 y 66 LDC que consideraba necesario para salvaguardar los derechos de defensa de los interesados levantar la confidencialidad de las declaraciones presentadas en el ámbito del programa de clemencia por dicha empresa, así como demás documentación anexa a las mismas, puesto que dicha información sería incorporada al expediente en la fecha de emisión del Pliego de Concreción de Hechos (en adelante, PCH). A estos efectos, conforme a lo previsto en el artículo 42 de la LDC y en el artículo 20 del RDC, la DI concedió un plazo para que solicitaran, en su caso, el carácter confidencial de aquellos datos que considerasen oportuno, aportando la correspondiente versión censurada de los mismos. El 29 de junio de 2009 DHL solicitó la confidencialidad de determinados datos e informaciones resolviendo al respecto la DI el 26 de agosto de 2009, aunque con posterioridad, el 8 de septiembre de 2009 DHL solicitara la confidencialidad de determinados datos, resolviendo la DI al efecto el 15 de septiembre de 2009.
22. El 18 de junio de 2009 la DI realizó un requerimiento de información a la totalidad de empresas incoadas, conforme con lo previsto en el artículo 50.1 de la LDC y el artículo 32.1 del RDC. Las empresas aportaron la información entre el 1 de julio de 2009 y el 14 de julio de 2009.
23. El 20 de julio de 2009, conforme con lo previsto en el artículo 50.1 de la LDC y el artículo 32.1 del RDC, a la vista de las respectivas contestaciones al requerimiento de información, la DI realizó un segundo requerimiento de información a ABX, SPT, TN, BWS y RHENUS. Entre el 27 y el 31 de julio se recibieron las respuestas a estos requerimientos. Así mismo, la DI realizó un segundo requerimiento de información a SALVAT el 4 de agosto y a B&A el 26 de agosto de 2009. Las respuestas a estos requerimientos se recibieron el 21 de agosto y el 14 de septiembre respectivamente.
24. De acuerdo con el artículo 50.3 de la LDC, el 21 de octubre de 2009 se notificó el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) a las empresas incoadas para que, en el plazo legalmente previsto de quince días pudieran contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que estimaran oportunas.



25. Previa solicitud de acceso al expediente, se procedió por parte de la DI a la entrega de una copia del expediente en CD. Dichos CDs no contienen las declaraciones de los solicitantes de clemencia en virtud de lo establecido en el artículo 51.3 del RDC. Tampoco de aquellos datos que han sido declarados confidenciales en el expediente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la LDC. No obstante, las partes han podido acceder a las declaraciones de los solicitantes de clemencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 50.3 de la LDC y 51.3 del RDC, previa solicitud de vista para ello, aunque de conformidad con la normativa mencionada no podían obtener copias.
26. Entre el 27 y el 30 de octubre las partes interesadas solicitaron prórroga del plazo para presentar alegaciones. La Dirección de Investigación, mediante Acuerdo, denegó a todas ellas la prórroga del plazo.
27. Mediante escrito presentado el 30 de octubre de 2009, ABX comunicó a la CNC que, como consecuencia del proceso de reestructuración interna tras la adquisición de esta empresa por el grupo logístico danés DSV AIR & SEA HOLDINGS A/S, ABX había absorbido a la sociedad DSV AIR & SEA SPAIN, S.A., cambiando su denominación social por DSV AIR & SEA, S.A. (desde ahora, DSV), así como la escisión de ésta de sus actividades de transporte terrestre y de logística de almacenamiento a favor, respectivamente, de las sociedades DSV ROAD SPAIN, S.A. y DSV SOLUTIONS SPAIN, S.A.
28. El 2 de noviembre de 2009 DHL interpuso recurso ante la CNC contra el acuerdo de la DI de 29 de octubre de 2009 denegando la solicitud de prórroga del plazo para presentar alegaciones al PCH.
29. El 2 de noviembre de 2009 la Secretaría del Consejo de la CNC trasladó a la DI, para su conocimiento, oficio de la Audiencia Nacional solicitando la remisión del expediente relativo al recurso interpuesto por TN contra la resolución de 3 de febrero de 2009 del Consejo de la CNC relativo al recurso R/0009/08, Transitarios 2.
30. Los escritos de alegaciones de las partes al PCH y, en su caso, solicitud de prueba, tuvieron entrada en plazo. En el caso de DHL, el 10 de noviembre de 2009 tuvo entrada en la CNC, previa remisión por fax y correo administrativo de 7 de noviembre de 2009, escrito de alegaciones al PCH en el que se indica que tanto dicho escrito como sus anexos contienen datos confidenciales y secretos comerciales, señalando su tratamiento confidencial de conformidad con el artículo 42 de la LDC. Posteriormente, el 13 de noviembre tuvo entrada en la CNC escrito del representante legal de DHL comunicando que tras haber procedido a una revisión minuciosa de la contestación al PCH, ésta no incluye información confidencial.
31. Conforme a lo previsto en el artículo 33.1 del RDC, con fecha 16 de noviembre de 2009, se procedió al cierre de la fase de instrucción de este expediente sancionador, siendo notificado a los interesados en esa misma fecha.
32. El 18 de noviembre de 2009 tuvo entrada en la CNC el recurso interpuesto por SALVAT contra el acuerdo de la DI de 16 de noviembre de 2009 procediendo al cierre de la fase de instrucción del expediente.
33. Con fecha de 19 de noviembre de 2008 tuvo entrada en la CNC escrito de DHL relativo al cierre de la fase de instrucción y la preparación de la propuesta de resolución por parte de la DI.
34. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, con fecha 24 de noviembre de 2009 se notificó la Propuesta de Resolución de la Dirección de Investigación de 23 de noviembre de 2009.
35. El 24 de noviembre de 2009 el Consejo de la CNC dictó Resolución desestimando el recurso interpuesto por DHL contra el acuerdo de la DI de 29 de octubre de 2009 denegando la prórroga del plazo solicitada para responder al PCH (Expediente, R/0027/09, Transitarios 4).
36. El 25 de noviembre de 2009 tuvo entrada en la CNC la solicitud de SALVAT de prórroga del plazo para formular alegaciones a la Propuesta de Resolución, notificando la DI su acuerdo de no conceder la prórroga el 26 de noviembre.
37. El 25 de noviembre de 2009 tuvo entrada en la CNC burofax de 24 de noviembre de 2009 de BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.A. indicando que la notificación del cierre de la fase de instrucción de 16 de noviembre de 2009 había sido recibida en la sede de esa sociedad por el destinatario al que se dirigió, aunque se manifiesta desconocer la existencia del expediente, no ser parte del mismo ni constar que se le haya efectuado formalmente trámite alguno.
38. El 27 de noviembre de 2009 tuvo entrada en la CNC el recurso interpuesto por DHL contra el acuerdo de la DI de 16 de noviembre de 2009 procediendo al cierre de la fase de instrucción y contra la Propuesta de Resolución de la DI.
39. El 1 de diciembre de 2009 el Consejo de la CNC dictó Resolución inadmitiendo el recurso interpuesto en el ámbito de este expediente por SALVAT contra el acuerdo de la DI de cierre de la instrucción (Expediente, R/0031/09, Transitarios 5).



40. El 14 de diciembre de 2009, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 50.5 de la LDC y del 34.2 del RDC, la Dirección de Investigación dio traslado al Consejo del Expediente y del Informe Propuesta, que anexa las alegaciones recibidas a la Propuesta de Resolución hasta esa fecha. La Dirección de Investigación propone que se declare la existencia de conducta colusoria prohibida por el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE y que se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC .

41. En cuanto a las alegaciones a la Propuesta de Resolución:

- Con fecha 11 de diciembre de 2009 tuvo entrada por fax y posteriormente por correo administrativo de dicha fecha el escrito de alegaciones presentado por BWS, en el que además se propone prueba.
- Con fecha 11 de diciembre de 2009 tuvo entrada escrito de alegaciones presentado por DHL (versión no confidencial y versión confidencial), junto al que se aporta prueba documental.
- Con fecha 11 de diciembre de 2009 tuvo entrada escrito de alegaciones presentado por SPT.
- Con fecha 14 de diciembre de 2009 tuvo entrada por fax versión confidencial del escrito de alegaciones presentado por ABX, recibándose posteriormente la versión pública y confidencial de dichas alegaciones que se habían remitido por correo administrativo con fecha 11 de diciembre de 2009.
- Con fecha 14 de diciembre de 2009 tuvo entrada por fax y posteriormente por correo administrativo escrito presentado por BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.A. En dicho escrito la empresa, además de alegar la nulidad de actuaciones en atención a que BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.L. y BOFILL ARNÁN, S.A. son dos sociedades mercantiles con personalidad jurídica diferenciada entre las que no existe dependencia vertical, horizontal ni participación de la una respecto de la otra y la indefensión que tal circunstancia ha propiciado con referencia a dichas empresas en el desarrollo del procedimiento sancionador de referencia, presenta alegaciones así como solicita la práctica de prueba.
- Con fecha 15 de diciembre de 2009 tuvieron entrada la versión pública y confidencial de las alegaciones de RHENUS presentadas por correo administrativo el 11 de diciembre.
- Con fecha 16 de diciembre de 2009 tuvo entrada escrito de alegaciones de INTER-TIR, presentado por correo administrativo el 11 de diciembre, en el que propone prueba.
- Con fecha 16 de diciembre de 2009 tuvo entrada escrito de alegaciones de SALVAT, presentado por correo administrativo el 11 de diciembre, en el que propone prueba.
- Con fecha 18 de diciembre de 2009 tuvo entrada escrito de alegaciones de TRANSNATUR, presentado por correo administrativo el 12 de diciembre, en el que propone prueba.

42. Con fecha 28 de enero de 2010, el Consejo de la CNC acordó la remisión de información a la Comisión Europea conforme a lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, la cual tuvo lugar en fecha 19 de febrero de 2010. Asimismo se acordó la suspensión del plazo para resolver el procedimiento, que viene impuesta por el artículo 37.2.c) de la LDC , con efecto 19 de febrero de 2010, reanudándose el cómputo del plazo el 20 de marzo de 2010, lo que fue notificado a las partes.

43. El 2 de febrero de 2010 el Consejo de la CNC dictó Resolución inadmitiendo el recurso interpuesto en el ámbito de este expediente por DHL contra el acuerdo de la DI de cierre de la instrucción y contra la Propuesta de Resolución (Expediente, R/0032/09, Transitarios 6).

44. A la vista de las informaciones que obran en el expediente y de las alegaciones presentadas por BCN (ver AH 41), mediante Acuerdo de 19 de mayo de 2010 el Consejo consideró que habiéndose producido una irregular imputación a BCN ADUANAS Y TRANSPORTES S.A. y a la vista de que existen indicios de infracción tanto respecto de ésta mercantil como de BOFILL ARNAN S.A., a quien no se le notificó la Propuesta de Resolución para que alegara lo que estimara oportuno, se interesa a la Dirección de Investigación la incoación de procedimiento administrativo sancionador contra ambas empresas, sin perjuicio de su derecho a intervenir en el presente expediente en concepto de interesados.

45. Con fecha 20 de mayo de 2010 el Consejo de la CNC dictó Acuerdo por el que se admiten determinadas pruebas solicitadas por las partes, se deniegan otras de manera motivada (FD Quinto) y se dispone conforme al artículo 37.1.e) la practica de un actuaciones complementarias consistentes en requerir a las partes determinadas informaciones relativas a su volumen de facturación. Mediante este Acuerdo el Consejo insta a la Dirección de Investigación a la realización de las actuaciones complementarias y a la práctica de las pruebas acordadas y deniega la celebración de vista. También mediante el mismo se suspende el plazo máximo para resolver el expediente con efectos desde el 21 de mayo de 2010 y durante el tiempo en que se sustancias la práctica de las pruebas y actuaciones complementarias acordadas.



46. El 2 de junio de 2010 tiene entrada escrito de alegaciones de SPAIN-TIR al Acuerdo del Consejo de 20 de mayo de 2010 en el que se dice que a la vista de que en las actuaciones complementarias se solicita información del volumen total de negocios del grupo en 2008 y 2009, SPT reitera sus alegaciones respecto a que su matriz DB no es responsable de la infracción y que por tanto el volumen de negocios del grupo que se solicita debe referirse al grupo SPT solamente.

47. El 7 de junio de 2010 tiene entrada escrito de alegaciones de SALVAT al Acuerdo del Consejo de 20 de mayo de 2010 en el que se dice que la denegación por parte del Consejo de las pruebas solicitadas por SALVAT vulnera el art. 24 CE porque le impide la práctica de pruebas de descargo.

48. Mediante fax de 2 de junio de 2010 TRANSNATUR comunica el cambio de domicilio a efectos de notificaciones.

49. El 21 de junio de 2010 la Dirección de Investigación da traslado al Consejo del fax de 17 de junio de 2010 por el que DHL EXPRESS BARCELONA SPAIN S.L. da respuesta a la solicitud de la CNC en relación con la aportación de prueba, que posteriormente se recibe también por correo.

50. Con fecha 17 de junio de 2010 BWS solicita prórroga del plazo para la entrega de la prueba, que se le concede mediante Acuerdo de 18 de junio de 2010.

51. El 21 de junio de 2010 la Dirección de Investigación da traslado al Consejo del escrito de DHL con entrada el 18 de junio de 2010 dando respuesta al requerimiento de información en versión pública y confidencial.

52. El 29 de junio de 2010 la Dirección de Investigación da traslado al Consejo de los escritos remitidos por SPAIN-TIR el 25 de junio de 2010, por RHENUS y por SALVAT con entrada el 28 de junio de 2010 y por ABX con entrada el 28 de junio de 2010 dando respuesta al requerimiento de información en versión pública y confidencial.

53. El 30 de junio de 2010 la Dirección de Investigación da traslado al Consejo del escrito de 28 de junio de 2010 por el que TRANSNATUR realiza determinadas alegaciones sobre la oportunidad y contenido de las actuaciones complementarias y al que adjunta prueba pericial y la información requerida en versión confidencial y pública.

54. El 7 de julio de 2010 tiene entrada en la CNC escrito de TRANSNATUR en virtud del art. 32.2 del RDC en el que pone en conocimiento del Consejo de la CNC una reciente Sentencia del TSJ del País Vasco, nº 425/10, de 14 de junio de 2010 que a raíz de un recurso interpuesto por la Asociación Empresarial de transportes de mercancía por carretera de Vizcaya (ASETRAVI) anula la Resolución del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia y aporta su interpretación de la repercusión que el enfoque del TSJ puede tener en el presente caso.

55. El 12 de julio de 2010 la Dirección de Investigación da traslado al Consejo de:

- Escrito de INTER-TIR remitido por correo administrativo el 29 de junio y con entrada en la CNC el 1 de julio de 2010 dando respuesta a la solicitud de aportación de prueba así como a la información requerida.

- Fax de BWS con entrada en la CNC el 8 de julio de 2010 al que se acompaña la prueba así como a la información requerida y se indica que se han remitido los originales por correo administrativo.

56. Mediante Acuerdo de 12 de julio de 2010, una vez incorporada al expediente la documentación correspondiente a la práctica las pruebas y conforme a lo dispuesto en el art. 36.2 RDC, se concede a los interesados el plazo de 10 días para valoración de las mismas.

57. En contestación al trámite de valoración de prueba han tenido entrada en esta CNC con fecha 22 de julio de 2010 escrito DHL. Con fecha 23 de julio escritos de ABX, TRANSNATUR, BWS y RHENUS, éste último en versión pública y confidencial. Con fecha 26 de julio de 2010 escrito de SALVAT, remitido por correo administrativo y con fecha 28 de julio escrito de INTER-TIR remitido por fax, que había sido previamente remitido el 23 de julio de 2010 por correo administrativo.

58. Mediante Acuerdo de 26 de julio de 2010 el Consejo levantó la suspensión del plazo máximo para resolver.

59. El Consejo concluyó la deliberación y falló el expediente en su reunión de 28 julio de 2009."

También ha quedado acreditado en autos conforme a las pruebas que expondremos a continuación que la recurrente participó en un cártel, que se desarrolló desde el año 2.000 (3.10.2000) hasta finales 2.008, mediante reuniones a las que acudían empresas transitarias, generalmente instaladas en Barcelona, y a las que acudían directivos de dichas empresas para intercambiar información y fijar en relación con el grupaje terrestre (cargas agrupadas hasta 3.000 kg) acuerdos sobre incremento anual de tarifas en función del IPC,



sobre incremento del coste del carburante, repercusión sobre el pago de peajes en Alemania, y sobre los pactos de no agresión en relación con los empleados de otras empresas del cártel.

En este sentido, la prueba determinante de la participación de la actora se basa en documentos obtenidos en la inspección de su sede social en fecha 18 de noviembre de 2.008, como los correos electrónicos dirigidos a dicha entidad por las demás empresas y emitidas por esta última, en catalán y castellano por parte de Josep Pages y Monserrat Muñoz, aportando, en ocasiones, la cartas remitidas a los clientes.

Así se destacan los correos de 3 y 4 de marzo de 2.003, f.2538 y 4936 y 4937; 4.12.2003, folio 2737 y 2738; 21.9.2004, folios 2787 y 2788; 22.12.2004, folio 2833 y 2834; 27.9.2005, folios 2932 y 2933; 27.12.2005, folios 5504 a 5507, 2.1.2007, folios 4631 a 4633; 9.1.2007, folios 5522 y 5523; 31.1.2007 y 5.2.2007, folio 3313), 16.4.2007, folio 5568; de 21.9.2007, folios 5579, y 5580 y 3396; 29.11.2007, folio 5524.

A ello hay que añadir los datos obtenidos en las solicitudes de clemencia, como las notas manuscritas recogidas.

Existen, por tanto, indicios suficientes de la comisión de la infracción y participación de la recurrente, cobrando entonces relevancia, las declaraciones y notas manuscritas que derivan del expediente de clemencia, ya como verdadera prueba indiciaria, añadida a la anterior conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de junio de 2011, (asunto Heincken .) debiéndose recordar que la utilización de la prueba de indicios ha sido admitida en el ámbito del derecho de la competencia por el Tribunal Supremo, ya en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 , 26 de octubre de 1998 y 28 de enero de 1999 , entre otras. Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, conforme exige la LEC 1/2000 (art.386.1), y ello concurre en el presente caso.

TERCERO. - Admitiendo que no es objeto del presente recurso contencioso administrativo el apartado 3º de la resolución impugnada en cuanto que exime a la codemandada DSV AIR & SEA S.A.U . del pago de la multa impuesta, y sin que la actora haya impugnado expresamente dicho apartado 3º, sin perjuicio de lo alegado en el escrito de demanda sobre el alcance del programa de clemencia, entraremos ahora en el examen de las alegaciones de los motivos de impugnación de la recurrente, comenzando por la caducidad del expediente sancionador, frente a la que se alza la actora alegando en primer término que el plazo de resolución de 18 meses ha transcurrido, sin que deba computarse el plazo de suspensión, toda vez que la potestad de suspensión ha de ser ejercitada de forma adecuada, pero no arbitraria. Por otro lado, no puede computarse dentro del plazo de suspensión el período en el que las partes evacuaron el trámite de audiencia con posterioridad a la práctica de las diligencias acordadas. E igualmente, que ha transcurrido el plazo de doce meses previsto para la práctica de la fase de instrucción. Y por último, que las suspensiones decretadas no se hayan motivadas.

A/Para dar respuesta a estos motivos conviene recordar que el art. 36 de la Ley 15/2007 establece : "*1. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente...*"

El inicio del plazo, como regla general, es el de incoación de expediente, como expuso la sentencia del TS de 4 de junio de 2004 , dictada en interés de Ley, respecto al art. 10 del Reglamento del Procedimiento Sancionador en materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, sin que pueda comenzar con el inicio de la información reservada, dado que todavía no ha comenzado el procedimiento sancionador. En este caso, sería desde el 17 de noviembre de 2.008.

La información reservada se encuentra expresamente prevista en el artículo 49 de la Ley 15/2007 , que determina: "*2. Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador.*"

Por otra parte, en tanto no se incoe el procedimiento, sigue corriendo el plazo de prescripción de la infracción. Por lo tanto, las actuaciones constitutivas de la información reservada no perjudican al recurrente en cuanto a la prescripción, pero tampoco pueden beneficiarle respecto de la caducidad.

B/ Respecto de las suspensiones acordadas, nada impide que por Resolución de 22 de febrero de 2010 se acuerde, con efectos al 19 del mismo mes y año, una suspensión, ya que otorgar el efecto suspensivo a un momento anterior a la Resolución, no se prohíbe en la regulación. Se trata de una suspensión producida en el seno del expediente - pues el 19 de febrero de 2010 es la fecha de remisión de la información -, que se recoge en



la correspondiente Resolución para conocimiento de los interesados. La suspensión se encontraba justificada por tratarse de una comunicación a la Comisión Europea. Se alzó el 20 de marzo de 2010 en aplicación del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002.

La segunda suspensión se acuerda con efectos a 21 de mayo de 2010, para la práctica de pruebas, que se aportaron por la última interesada el 8 de julio de 2010. Afirma la recurrente que la suspensión debió alzarse el día 9 de julio de 2010, el día siguiente a la fecha de la última de las alegaciones. Se alzó el 28 de julio de 2010 tras las alegaciones a las pruebas de todas las interesadas. El Real Decreto 261/2008, dispone en su artículo 12.1 b) *en el supuesto previsto en el artículo 37.1.e) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados de las pruebas o de actuaciones complementarias al expediente*. Y es así que los resultados de las pruebas requieren de una valoración de las mismas por las interesadas, pues sus alegaciones son parte del resultado de la actividad probatoria. Y así en el relato de hechos de la Resolución, queda claro que la *incorporación de los resultados de las pruebas o de actuaciones complementarias al expediente*, no es exclusivamente la aportación de datos, como parece entender la recurrente, sino también las actuaciones necesarias a la práctica de las pruebas, entre ellas las alegaciones de las partes:

"55 El 12 de julio de 2010 la Dirección de Investigación da traslado al Consejo de:

- Escrito de INTER-TIR remitido por correo administrativo el 29 de junio y con entrada en la CNC el 1 de julio de 2010 dando respuesta a la solicitud de aportación de prueba así como a la información requerida.

- Fax de BWS con entrada en la CNC el 8 de julio de 2010 al que se acompaña la prueba así como a la información requerida y se indica que se han remitido los originales por correo administrativo.

56 Mediante Acuerdo de 12 de julio de 2010, una vez incorporada al expediente la documentación correspondiente a la práctica las pruebas y conforme a lo dispuesto en el art. 36.2 RDC, se concede a los interesados el plazo de 10 días para valoración de las mismas.

57 En contestación al trámite de valoración de prueba han tenido entrada en esta CNC con fecha 22 de julio de 2010 escrito DHL. Con fecha 23 de julio escritos de ABX, TRANSNATUR, BWS y RHENUS, éste último en versión pública y confidencial. Con fecha 26 de julio de 2010 escrito de SALVAT, remitido por correo administrativo y con fecha 28 de julio escrito de INTER-TIR remitido por fax, que había sido previamente remitido el 23 de julio de 2010 por correo administrativo.

58 Mediante Acuerdo de 26 de julio de 2010 el Consejo levantó la suspensión del plazo máximo para resolver."

En este punto ha de recordarse lo que indicábamos en sentencia de fecha 1.10.2013, recurso 68/2011, recordando la doctrina de la de 4.1.2013, recurso 657/2011:

"La recurrente discrepa de la forma de computar el período de suspensión y, concretamente, la forma de determinar el término final de dicho período. Según la actora el período de suspensión debió concluir con efectos desde el momento que finalizó el plazo establecido para el trámite determinante de suspensión (30 de agosto de 2011), coincidiendo con la finalización de la práctica material de prueba.

La Sala ha abordado ya esta cuestión planteada en términos sustancialmente análogos en otros recursos interpuestos por otras empresas sancionadas en la misma Resolución que ahora se impugna.

Así, entre otras, en nuestra SAN de 28 de noviembre de 2012 (Recurso nº 635/2011) dijimos:

El artículo 37 pfo. 1 LDC tiene el siguiente tenor literal:

"Artículo 37. Supuestos de ampliación de los plazos y suspensión de su cómputo.

1. El transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver un procedimiento se podrá suspender, mediante resolución motivada, en los siguientes casos:

a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.

b) Cuando deba solicitarse a terceros o a otros órganos de las Administraciones Públicas la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.

c) Cuando sea necesaria la cooperación y la coordinación con la Unión Europea o con las Autoridades Nacionales de Competencia de otros países.

d) Cuando se interponga el recurso administrativo previsto en el artículo 47 o se interponga recurso contencioso-administrativo.

e) Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acuerde la práctica de pruebas o de actuaciones complementarias de acuerdo con lo previsto en el artículo 51.



f) Cuando se produzca un cambio en la calificación jurídica de la cuestión sometida al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos establecidos en el artículo 51.

g) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de terminación convencional en los términos establecidos en el artículo 52"

Por su parte, el artículo 12 del Reglamento de Defensa de la Competencia establece:

"Artículo 12. Cómputo de los plazos máximos de los procedimientos en casos de suspensión.

1. En caso de suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá adoptar un acuerdo en el que se señale la causa de la suspensión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, entendiéndose suspendido el cómputo del plazo:

a) En los supuestos previstos en el artículo 37.1.a) y

b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, durante el plazo concedido;

b) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.e) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados de las pruebas o de actuaciones complementarias al expediente;

c) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.g) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de terminación convencional, desde el acuerdo de inicio de las actuaciones y hasta la conclusión, en su caso, de las referidas negociaciones;

d) en el supuesto previsto en el artículo 37.2.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 55 de la Ley 15/2007, de 3 de julio;

e) en el supuesto del artículo 37.2.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la petición de informe, que deberá notificarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos;

f) en los demás supuestos del artículo 37 de la Ley 15/2007, se entenderá suspendido el cómputo del plazo desde la fecha del acuerdo de suspensión, que habrá de notificarse a los interesados.

2. Para el levantamiento de la suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá dictar un nuevo acuerdo en el que se determinará que se entiende reanudado el cómputo del plazo desde el día siguiente al de la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión y la nueva fecha del plazo máximo para resolver el procedimiento. Este acuerdo de levantamiento de la suspensión será igualmente notificado a los interesados.

3. En los casos de suspensión del plazo, el día final del plazo se determinará añadiendo al término del plazo inicial, los días naturales durante los que ha quedado suspendido el plazo."

El Tribunal Supremo (sentencia de 13 de enero de 2010 rec. 1279/2007) ha declarado que la caducidad de los procedimientos sancionadores es una institución jurídica con la que se trata de evitar la tardanza injustificada en resolver aquéllos, por entender el legislador que los sujetos expedientados se encuentran en una situación desfavorable que no ha de alargar indebidamente la Administración sancionante. Si la demora no obedece a la desidia administrativa sino que viene propiciada por la necesidad de resolver cuestiones complejas suscitadas por los propios expedientados, la decisión de interrumpir el plazo máximo para resolverlas (tanto más si es consentida por estos últimos) debe entenderse en principio válida a dichos efectos temporales.

En el procedimiento que regula la Ley 15/2007 está claramente separada la fase de instrucción de la fase de resolución; como ha señalado la propia CNC en algunas de sus resoluciones, del examen conjunto de los artículos 51 pfo. 1 de la Ley 15/2007 y el artículo 36 pfo. 1 del Reglamento DC, resulta que en principio no está contemplada la práctica de pruebas en la fase de resolución, porque este último precepto establece que el Consejo podrá denegar la práctica de pruebas que pudieron haber sido propuestas en fase de instrucción ante la Dirección de Investigación y no lo fueron. Igualmente se establece la posibilidad de que en esta fase de resolución, de oficio o a instancias de un interesado, se admita y acuerde la práctica de actuaciones complementarias, y practicadas, que los interesados formulen alegaciones.

Resulta en consecuencia que, a juicio de esta Sala, el periodo por el que se acuerda la suspensión alcanza, en su caso, a la finalización del periodo que se conceda para formular alegaciones a los interesados, cuando, como es el caso, se ha acordado la realización de actuaciones complementarias. Y el hecho de que unos las realicen y otros no, o que cada uno disponga de un periodo (por solicitarse por algunos y concederlo la CNC la ampliación del plazo), no autoriza a considerar que, en el marco de un único expediente, la duración de



este deberá computarse individualizadamente, que es al fin y al cabo la tesis que sustenta la actora. Por el contrario, siendo único el expediente, la CNC acuerda la suspensión y esta afecta a todos los expedientados y el levantamiento, que igualmente afecta a todos. Y es conforme a derecho que el levantamiento se acuerde una vez finalizado el periodo para formular alegaciones. Esta conclusión encuentra por otra parte su fundamento en el principio de seguridad jurídica.

La sentencia de esta Sala que cita la recurrente en apoyo de su tesis, no establece (la de 9 de julio de 2009, recurso 464/2006) que la caducidad del procedimiento sancionador es un efecto que se produce de manera individual: en aquel supuesto se debatía la ampliación del plazo máximo para resolver, y se señalaba que "La decisión de ampliar el plazo para tramitar y resolver el expediente ha de ser notificada al interesado, como resulta con carácter general del artículo 58.1 LRJPAC, y como específicamente exige para este acto el artículo 2.2 del RD 2119/93 citado" llegándose a la conclusión de que la ampliación se notificó al recurrente dentro de plazo y que el expediente no había caducado.

Debe por tanto desestimarse este primer motivo de recurso relativo al procedimiento..."

La mencionada doctrina resulta de plena aplicación al caso y la damos por reproducida ..."

De lo expuesto se deduce que no existe arbitrariedad alguna en las suspensiones acordadas.

C.- En cuanto a la vulneración del art. 28.4 del Real Decreto 261/2008 , su dicción literal es como sigue:

"4. El plazo de instrucción del expediente será de doce meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación. El transcurso del plazo máximo de dieciocho meses desde la fecha del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador sin que se hubiera resuelto el procedimiento determinará la caducidad del mismo de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 38 de la Ley 15/2007 de 3 de julio ."

Y el artículo 38.1 establece 1. *El transcurso del plazo máximo de dieciocho meses establecido en el apartado primero del artículo 36 para resolver el procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas determinará la caducidad del procedimiento*, como ya se ha señalado. Por tanto es incuestionable que el único plazo de caducidad existente es el 18 meses. El transcurso del plazo de instrucción es una irregularidad no invalidante, en línea con el art.63.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , pues el plazo mencionado no resulta esencial, siendo en todo caso, necesaria la práctica de la prueba pendiente de practicar propuesta por la actora, aunque haya concluido el plazo de instrucción, lo que justificó las suspensión practicada mediante resolución de 20.5.2010, con efectos de 21.5.2010.

En consecuencia, conforme a la actuación realizada por la CNC y el cómputo del plazo de caducidad, que vencía el 20.8.2010, a la fecha de notificación de la resolución de 31 de julio de 2010, el 4 de agosto de 2010, no se había producido dicha caducidad.

Por último, basta ver el contenido de los acuerdos de 28.1.2010 y de 20.5.2010 para comprobar la motivación de los acuerdos que fijan la suspensión del procedimiento para informar a la Comisión Europea y practicar la prueba solicitada por las partes para rechazar la falta de motivación e indefensión invocadas, sin que pueda hablarse de fraude de ley alguno, tratándose de trámites necesarios para la resolución del procedimiento.

CUARTA.- En el siguiente motivo la actora invoca la falta del informe preceptivo del órgano de defensa de la competencia de la Generalitat de Catalunya por incidir de forma significativa en el territorio de dicha Comunidad Autónoma, lugar en el que se encuentra la sede social de la mayoría de las empresas transitorias afectadas, lo que se considera que vicia el procedimiento establecido.

El motivo formulado, con arreglo al art.5.4 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero y art.33 del RDC, no obstante la razonabilidad de su planteamiento debe ser rechazado.

El precepto señalado, art.5.4, determina: *"La Comisión Nacional de la Competencia, en el ejercicio de las funciones que le son propias, recabará del órgano autonómico informe preceptivo, no vinculante, a emitir en el plazo de veinte días, en relación con aquellas conductas previstas en los artículos 1 , 2 y 3 de la Ley de Defensa de la Competencia o los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea que, afectando a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional, incidan de forma significativa en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma."*

Podemos leer en la Resolución impugnada: *"El Consejo entiende que la afectación apreciable al comercio comunitario en este caso es clara. La conducta imputada se refiere a servicios de organización y planificación del transporte de mercancías de terceros, o de expedición de carga que tienen que ver con el tránsito aduanero o, al menos, transnacional. En definitiva, estamos ante una actividad económica transfronteriza que necesariamente repercute, por lo menos, en dos Estados miembros. De ella depende una parte significativa de las exportaciones e importaciones de mercancías a España."*



Siendo cierto el dato aportado por la actora, no lo es menos que la conducta desplegada tiene un ámbito geográfico mayor que el de la Comunidad Autónoma de Cataluña, como claramente lo refleja la resolución impugnada, aun cuando las conductas de las empresas transitorias referidas al grupaje pueda tener un origen en dicha Comunidad Autónoma. Por otro lado, la virtualidad anulatoria del informe exigido por dichas normas requiere que la resolución hubiese sido otra de haberse evacuado dicho informe. Pero lo cierto es que no hay constancia de que la Generalitat haya planteado conflicto alguno estimándose competente para conocer de estos hechos por incidir especialmente en su ámbito territorial. Nada de esto consta en el expediente. Además, el precepto requiere una "incidencia significativa", es decir, más que relevante, que hubiese requerido dicho informe para determinar o no la competencia de la CNC. Tal prueba no ha sido aportada por la actora, admitiendo la resolución impugnada que además existe una infracción del art.101 del TFUE .

QUINTO.- En el siguiente motivo se alega que se ha vulnerado el artículo 51.3 de la Ley 15/2007 . La dicción del mismo expresa que *"A propuesta de los interesados, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá acordar la celebración de vista."* Por tanto, es una facultad de la CNC, a la vista de la utilización del término *podrá* en dicho precepto, sin que la falta de práctica de ese trámite haya originado indefensión a la recurrente.

SEXTO.- En el siguiente motivo se indica que se ha dictado la propuesta de resolución sin haber finalizado la fase de instrucción, lo que supone una infracción del art.33.1 del RDC. El motivo no puede prosperar, en la medida en que ello no ha originado indefensión a la recurrente, tratándose de una mera irregularidad no invalidante, siendo necesaria la práctica de la prueba admitida en el acuerdo de 20.5.2010, dictado por otro órgano, el Consejo, y ello, aunque fuese posterior a la propuesta de resolución de 24.11.2009 de la Dirección de Investigación, la cual no vinculaba a aquél, so pena de vulnerar el derecho de la recurrente y otras empresas a la práctica de los medios de prueba pertinentes (art.24.2 de la CE), e igualmente ello justifica el trámite de alegaciones posterior a dichas pruebas, al que hemos hecho referencia antes. El motivo ha de ser, por tanto, rechazado, reiterando lo que dijimos sobre el plazo de duración de la instrucción, que no tiene carácter de plazo de caducidad (art.28.4 del RDC), a diferencia del de duración del procedimiento sancionador.

SÉPTIMO.- Impugna la actora la falta de motivación de la prueba denegada por parte del pliego de concreción de hechos. El motivo ha de correr igual suerte que los anteriores. No se ha producido indefensión alguna determinante de vicio alguno de nulidad o anulabilidad, si posteriormente fue practicada dicha prueba a instancia del Consejo o fue aportada por la recurrente como la pericial, en escrito de 28.6.2010, sin que la actora concrete en la demanda (folios 28 y 29) qué prueba fue finalmente no practicada y le haya podido originar indefensión.

OCTAVO. - Se invoca también la indefensión por arbitrariedad al no haber concedido prórroga la Dirección de Investigación para contestar al pliego de concreción de hechos. Lo cierto es que la mencionada indefensión debiera haber demostrado que la actora no pudo formalizar dicho trámite con garantías suficientes, siendo una potestad discrecional aplicable a todas las empresas interesadas, que ha venido acompañada de ulteriores trámites de alegaciones. Por consiguiente, no se aprecia vicio alguno con virtualidad anulatoria. La actora ha accedido además al expediente de clemencia, en la forma prevenida en los art.50.3 y 51.3 del RDC, siendo suficiente invocar "razones de urgencia" para denegar un trámite de otorgamiento discrecional, cuando, como hemos dicho, no se ha acreditado la existencia de indefensión alguna.

NOVENO. - En el siguiente motivo se invoca la prescripción de las conductas anteriores a 18.11.2004, al entender que por no resultar aplicable la LDC de 2007 más favorable para quien no se beneficia del programa de clemencia, sin que se puede utilizar el contenido de las declaraciones de la empresa (SPAIN-TIR) que declaró que los hechos imputables se extienden más atrás en el tiempo que los alegados inicialmente. Para ello considera la actora que la Ley 16/1989 no contemplaba la figura de las infracciones continuadas, y sólo un plazo de prescripción de cuatro años computados desde la fecha de la infracción (art.12.1.a de la ley 16/89), sin establecer distinción alguna, como ocurría en otros sectores, a diferencia de la vigente LDC (art.68.1 de la ley 15/2007), que entró en vigor el 1.9.2007.

Con independencia de cuál es o no la ley más favorable, o si más bien, tienen consecuencias sancionadoras equivalentes, olvida la actora, que la figura de la infracción continuada se hallaba ya prevista en el art.4.6.2º del RD 1398/1993, de 4 de agosto , regulador del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, por lo que las conclusiones a las que llega la actora ha de fenecer por sus propios fundamentos, admitiendo la existencia de esa mencionada continuidad de la infracción, dado que existía un claro propósito inicial y renovado de continuar por parte de las empresas afectadas en el mantenimiento de una situación de control de los precios y de ciertas condiciones en el ámbito de la actividad de las empresas transitorias del transporte terrestre (grupaje).

Por consiguiente, las notas de habitualidad y continuidad concurren para calificar la infracción de continuada. No podemos aceptar el planteamiento de la recurrente en cuanto a que la infracción continuada se recibe en

el Derecho de la Competencia español con la Ley 15/2007, siendo tal figura de construcción jurisprudencial por el TJCE, como expresamente se recoge en la Resolución:

"Esta interpretación de la infracción única es consistente con la jurisprudencia comunitaria. (Decisión de 13/07/1994, As. IV/C/33.833 Cartoncillo, apartado 128, y STPI de 14/05/1998, Ass. T-308, 334, 338, 348 y 354, apartado 43). El TJCE ha reiterado que una infracción del artículo 101 del TFUE puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos. Basta, como señalábamos antes, que las diversas acciones tengan un mismo propósito que falsea el juego de la competencia. El TJCE ha señalado que "...esta interpretación no queda desvirtuada por el hecho de que uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Anic Participazioni, antes citada, apartado 81). Cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto STJ, 7 de enero de 2004, asuntos acumulados C-204/00 P, C- 205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, 258)." En el caso que se cita el TG consideró que la Comisión había acertado al considerar una infracción única y continuada "el conjunto de las disposiciones adoptadas en el marco de Cembureau y de las reuniones y contactos bilaterales y multilaterales".

Esta jurisprudencia viene a interpretar los Tratados europeos en materia de libre competencia, y estos Tratados son aplicables en España desde su adhesión a la CEE. Por ello, al tiempo de ocurrir los hechos, existía en Derecho español la infracción continuada en materia de competencia.

DÉCIMO.- En el siguiente motivo se invoca la inconstitucionalidad de los art.63 y 64 de la LDC por la indeterminación, o más bien falta de predeterminación de las conductas, lo cual, por orden lógico examinaremos en el que se refiere al tema de la proporcionalidad de las sanciones, en línea con la doctrina de la Sala sobre dicha cuestión.

DECIMOPRIMERO.- Se invoca igualmente la aplicación retroactiva del programa de clemencia e inconstitucionalidad de los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007 . Lo cierto es que no ha existido tal retroactividad en la aplicación del programa de clemencia, pues la aportación de los elementos de prueba que justifican la aplicación por la CNC del programa de clemencia, se realizan vigente los citados preceptos, y es tal aportación la que determina el ámbito temporal de la norma aplicable. La fecha de los hechos imputados no es el referente en la aplicación temporal de los citados preceptos. Por consiguiente, la aplicación del programa de clemencia no lo ha sido retroactivamente, y no se ha disminuido la defensa de las imputadas a los efectos del artículo 24.2 de la CE , ni vulnerado el principio de seguridad jurídica del artículo 9 de la CE , por las razones antes expresadas.

El que la segunda empresa solicitante conociera o no la existencia de aportación de elementos de prueba, e incluso el inicio de actuaciones de investigación no vicia su declaración, pues la ignorancia de tales circunstancias no se configura en la norma como determinante de la validez del programa de clemencia y de la validez de la declaración, contestándose también a las alegaciones expuestas en los folios 54 y 55 de la demanda.

No se aprecia tampoco contradicción entre el valor justicia del artículo 1.1 de la CE en relación con el art.9.1 de la CE , y el programa de clemencia. La finalidad de dicho programa es poner fin a conductas contrarias a la libre competencia y preservar la seguridad competitiva en el mercado, evitando la persistencia de comportamientos constitutivos de infracciones administrativas, que entrañan graves perjuicios a terceros. Y desde tal punto de vista el programa de clemencia coadyuva al valor Justicia del artículo 1.1 citado, sobre todo, siguiendo el referente del Derecho Comunitario. El concepto de Justicia que plasma el recurrente en su demanda, lo es de carácter subjetivo - en cuanto exime de sanción a quienes han cometido infracciones -, pero este elemento subjetivo no es el único que integra el valor Justicia al que nos referimos y no vulnera el principio de igualdad, al derivar de una previa situación de ilegalidad diferenciada por la colaboración o no con la Administración perseguidora de estas conductas.

No hay tampoco lesión alguna de derecho a declarar contra sí mismo, art.24.2 de la CE , el cual sería invocable por el solicitante de clemencia, no por la recurrente. En consecuencia, debe rechazarse el argumento de que no pueda invocarse como prueba ilícitamente obtenida las declaraciones y documentos aportados por los solicitantes de clemencia, de igual manera que en el proceso penal no se puede desconocer el valor probatorio de las declaraciones de los coimputados.

DECIMOSEGUNDO.- En el siguiente motivo se invoca la inconstitucionalidad de los art.40.1 ., 40.2.a / y b / y 49.2 de la LDC , así como art.13.3 del RDC, en cuanto que facultan al personal de la CNC a realizar entradas en domicilio, acceder a los locales y recopilar información de los ordenadores, en virtud de una ley que no



tiene el carácter de Ley Orgánica, afectando a derechos fundamentales consagrados en los art.18.2 y 18.3 de la CE , citando en este sentido las sentencias del Tribunal Constitucional de 27.4.2006 y 292/2000, de 30 de noviembre y la LO 8/2003 , que se refiere a los efectos del concurso en los derechos fundamentales del concursado. En este sentido interesa de la Sala el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto de dichos preceptos legales. Mas lo cierto es que este motivo debe ser desestimado, en tanto en cuanto, los mencionados preceptos de la LDC no constituyen un desarrollo del contenido esencial de esos derechos, en los términos del art.81.1 y 53.1 de la CE , afectando en cuanto a su contenido, a un aspecto concreto de los mismos, y no al desarrollo de tales derechos como exige la doctrina del Tribunal Constitucional para que opere la reserva de Ley orgánica (STC 135/2006, de 27 de abril , 67/85, de 24 de mayo , 137/86 de 6 de noviembre).

DECIMOTERCERO. - En el siguiente motivo se solicita la nulidad del acuerdo de incoación, de la orden de investigación y de la actuación inspectora de 18 de noviembre de 2.008, en virtud de la autorización judicial del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº2 de Barcelona. Y ello en la medida en que se incoa el expediente sancionador sin esperar los resultados de la inspección ordenada, por lo que no era necesaria dicha inspección, infringiéndose así el art.49.1 y 2 de la LDC . El motivo también debe ser desestimado, en la medida en que la Dirección de Investigación acordó la incoación del expediente sancionador el 17.11.2008 a partir de los resultados de la información previa, y sobre todo de la declaración complementaria de ABX de 14.11.2008, los cuales resultaban suficientes, sin perjuicio de acordar la inspección de 18.11.2008 al objeto de recabar mayor material fáctico que permitiese ratificar o ampliar la información disponible, sin que por ello pueda decirse que la actuación inspectora fuese ilícita por no cumplir el objeto y finalidad para la que se dictó (art.40.5 de la LDC), estando amparada dentro de los fines previstos en el art.49.2 de la LDC , en cuanto venían encaminadas a ratificar la apertura del expediente sancionador.

Tampoco cabe entender como ilícita la inspección en la medida en que no se ofreció a TRANSNATUR la posibilidad de acceder voluntariamente a la misma. Este motivo decae, igualmente, sin necesidad de grandes fundamentos, toda vez que el art.40.4 de la LDC no exige un trámite previo de audiencia para recabar o no el consentimiento a la inspección por parte de la recurrente, pues ello restaría eficacia a la misma, pudiéndose contar con dicha autorización judicial de forma previa y preventivamente para el caso de que se opusiese la empresa interesada, respondiendo ello a razones de eficacia conforme al art.103 de la CE .

Por otro lado, la autorización judicial de entrada de 12 de noviembre de 2.008 dio origen a la inspección de 18 de noviembre, siendo confirmadas estas actuaciones en la sentencia de 23 de junio de 2.010 de esta Sala y sección (recurso 139/2009).

DECIMOCUARTO. - También alega la actora que no están acreditados los hechos objeto de sanción y que han dado origen al cártel, como son los de reparto de costes, actualización de tarifas y sobre la contratación de trabajadores, siendo la conducta imputada inidónea para restringir la competencia. Estas alegaciones han de ser desestimadas, en línea con lo que hemos expuesto en el fundamento de derecho segundo, en cuanto que la participación de la recurrente ha quedado perfectamente acreditada conforme a lo expuesto en dicho fundamento de derecho. Así puede decirse que el mencionado cártel se desarrolló durante el tiempo establecido en la resolución impugnada, admitiendo el reconocimiento de SPT de que los hechos imputados se remontan a 2.000.

De los hechos relatados resulta la existencia de los acuerdos mencionados, que han consistido, como señala la CNC, en intercambio de información y adopción de estrategias comunes sobre aspectos comerciales sensibles. No se trata de un mero intercambio de información como conducta autónoma. Se ha producido un diseño de la estrategia de repercusión de costes y sobre cómo comportarse en el mercado con sus clientes respecto a una variable fundamental, el precio. Se han coordinado las empresas sancionadas sobre si iban a subir tarifas, cuándo 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 cuándo, cómo 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.

El hecho de que hayan existido precios, que no tarifas, distintos al ser aplicados a los clientes, admitiendo en este sentido las conclusiones de las periciales aportadas por la actora no emepece, como entiende la resolución impugnada (f.97, cuando indica que hay diferencias en los precios finales), que el cártel haya consistido en la fijación de una horquilla en cuanto al precio, que resultaba ser claramente anticompetitiva, al margen de que los clientes, dispusiesen de cierto negociador, pero ya bastante más limitado.

En cuanto al pacto de no captación de personal, ha de admitirse que han podido existir supuestos de movilidad entre trabajadores como acredita la actora, pero ello no significa que no haya habido acuerdos en tal sentido entre las empresas, conforme a lo expuesto, dado que la capacidad negociadora de los trabajadores no ha



desaparecido, además de que ello tampoco impide que en ocasiones algunas empresas se hayan desatendido de dichos acuerdos.

Como ha reiterado esta Sala, v.g en la sentencia de 27.9.2013 , *"la actividad tipificada en el tipo sancionador del artículo 1 lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. La conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.*

Pues bien, al margen de que no es comprensible una conducta de acordar condiciones económicas y reparto del mercado, si no lo es bajo el prisma de tratar de uniformar las condiciones comerciales con el objeto de restringir, falsear o eliminar la competencia, lo cierto es que tales conductas tenían aptitud para distorsionar la libre competencia, y cualquiera de las entidades implicadas, desplegando la diligencia exigible, podía fácilmente concluir, que tal comportamiento podía tener un efecto restrictivo de la competencia. Por ello la conducta es subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007 .

Se denomina cartel o cártel a un acuerdo formal entre empresas del mismo sector, cuyo fin es reducir o eliminar la competencia en un determinado mercado. Los cárteles suelen estar encaminados a desarrollar un control sobre la producción y la distribución de tal manera que mediante la colusión de las empresas que lo forman, estas forman una estructura de mercado monopolística, obteniendo un poder sobre el mercado en el cual obtienen los mayores beneficios posibles en perjuicio de los consumidores. Por ello, las consecuencias para estos son las mismas que con un monopolista.

Estos elementos aparecen en los hechos que enjuiciamos, por, con independencia de que el comportamiento pueda calificarse de cártel, es evidente que se ha producido un acuerdo de voluntades contrario a la libre competencia en los términos expresados..."

Nos encontramos, como hemos dicho ante una restricción por objeto que suprime la incertidumbre en relación en cuanto al precio, lo que determina la mencionada aptitud para distorsionar la libre competencia, siendo claro que los acuerdos relativos a incremento anual de tarifas en función del IPC, al recargo por incremento del coste del carburante, a repercusión de pago peajes, al incremento de las tarifas de las actividades transitarias domésticas, y a pacto no de agresión en relación con los empleados de las otras empresas del cártel, afectan directamente al precio del servicio, y, por lo tanto, tiene aptitud para uniformar precios, al menos en algunos de sus componentes. Se afecta así un elemento esencial en la prestación del servicio, el precio, y con ello, la libre competencia (STJUE de 4.6.2009).

DECIMOQUINTO. - Alega a actora que la normativa en materia de transportes (art.18 y 19 de la ley 16/87, de 30 de julio , de ordenación de transportes) ha incidido especialmente a la hora de repercutir a los clientes la elevación de los costes de las tarifas (IPC, precio del gasóleo o del MAUT). Admitiendo que no nos encontramos ante verdaderas tarifas, sino ante precios libres, como claramente entiende la resolución impugnada y el pliego de concreción de hechos, la mencionada invocación de dichos preceptos no resulta de aplicación al caso, sin que exista obligación de repercutir dichos costes, al margen de las cláusulas de revisión de precios, posteriormente acogidas por la normativa en materia de transporte terrestre, y sin perjuicio de que se deban ajustar a los precios usuales de mercado.

DECIMOSEXTO. - En relación con el cálculo de la multa se formulan varios motivos:

1.- Respecto del volumen de negocios: alega la actora que el volumen de negocios que ha de servir de base para el cálculo de la sanción ha de tener en cuenta el valor añadido, y la singularidad de la actividad del transitario, que generalmente actúa en nombre propio y con escaso margen de beneficio. El motivo ha de ser desestimado, pues con independencia de la actividad intermediadora del transitario las alegaciones expuestas alcanzarían a la de toda actividad empresarial, sin que tenga por qué excluirse la facturación que realiza, verdadero volumen de ventas a que se refiere la ley, por lo que debe rechazarse este motivo.

2.- En relación con el mercado afectado, alcance de la infracción y cuota de mercado entiende la actora que debe limitarse a la facturación de las PYMES y tan sólo a las actividades del grupaje llevados a cabo desde Barcelona, conforme a la pericial aportada y a lo declarado por los solicitantes de la clemencia (folios 309 y 871). El motivo también debe ser desestimado, conforme a lo expuesto en la segunda resolución impugnada, en la medida en que las propias empresas en sus declaraciones han reconocido que son las empresas más representativas del sector, aunque no sea posible determinar la cuota de cada empresa.

La Resolución impugnada define el mercado relevante en los siguientes términos, como hemos visto:



"Dentro del sector del transporte de mercancías, la Dirección de Investigación considera relevante para este expediente el mercado español de la prestación de servicios de actividades transitarias por carretera, es decir de servicios de organización y planificación del transporte de mercancías de terceros, o de expedición de carga y, en particular, de aquellos que tienen que ver con el tránsito aduanero o, al menos, con el internacional... El Consejo entiende que la afectación apreciable al comercio comunitario en este caso es clara. La conducta imputada se refiere a servicios de organización y planificación del transporte de mercancías de terceros, o de expedición de carga que tienen que ver con el tránsito aduanero o, al menos, transnacional. En definitiva, estamos ante una actividad económica transfronteriza que necesariamente repercute, por lo menos, en dos Estados miembros. De ella depende una parte significativa de las exportaciones e importaciones de mercancías a España."

La Sala comparte esta apreciación. El mercado geográfico lo es el español, si bien se reconoce efectos transfronterizos a la conducta, por ello, la cuota de mercado viene referida al mercado español, sin perjuicio de que la conducta se proyecte sobre otros mercados geográficos.

Por otro lado, las limitaciones del mercado afectado que propone la actora carecen de justificación, pues las exclusiones propuestas forman parte igualmente del mercado al que se refiere la actividad de grupaje objeto de la resolución impugnada, con independencia de las singularidades de ésta, siendo posible el alineamiento de las actividades de las empresas afectadas respecto de las horquillas de precios pactados.

3.- En cuanto a la falta de efectos de la infracción sobre los derechos de los consumidores debe ser rechazada, en la medida en que como bien expresa la resolución impugnada, se trata de una infracción por objeto que no precisa de prueba alguna de dichos efectos. Reitera la actora la gran competencia habida entre transitarios, y la falta de alineación de tarifas, además de que los acuerdos de la Administración de 2.005 y 2.008 preveían que la elevación de los costes habría de trasladarse a los clientes, sin perjuicio de la alegación del principio de confianza legítima, ha de ser rechazada, pues tales efectos son inherentes a la propia existencia del cártel, en el que la fijación de precios, aunque fuere mediante una horquilla, ha impedido su libre formación en el mercado, con independencia de que la Administración hubiese fomentado la inclusión en los contratos de cláusulas de revisión de precios con la modificación de la Orden de 25 de abril de 1997, por la Orden de 23.7.2008, y lo expuesto en la STSJ del País Vasco de 14 de junio de 2.010, respecto de la asociación ASETREVI, sentencia referida propiamente, al ámbito de una recomendación colectiva. Pero ni en la más flexible de las interpretaciones del precepto, la referencia a "precios usuales o de mercado del lugar" puede amparar un acuerdo sobre los elementos integrantes del precio. Una cosa es el precio usual que se genera espontáneamente, y otra muy distinta, es el precio que resulta como consecuencia de un acuerdo entre los prestadores del servicio.

Tampoco la necesidad de cubrir costes autoriza un pacto sobre los mismos, pues cada operador, según la estructura de su empresa, cubrirá los costes aplicando los precios necesarios al efecto.

Respecto al pacto sobre el personal, aún admitiendo que el mismo no afectase al mercado - cuestión discutible -, no afectaría a la existencia del acuerdo colusorio.

4.- Pretende la actora que se incluya como circunstancia atenuante el hecho de que puso término, de admitir la existencia del cártel, a este último en 2.007. Tal atenuante carecía de virtualidad alguna, toda vez que lejos de responder a una verdadera actuación de colaboración con la administración suficientemente acreditada pudo haberse respondido a otras razones no invocadas carentes de relevancia sancionadora.

5.- Por último, se invoca la falta de motivación, indefensión y vulneración del principio de igualdad de la resolución impugnada, en cuanto que se desconoce la fórmula financiera o cálculo matemático aplicado para realizar el cómputo de la sanción. El motivo lo examinaremos en el siguiente fundamento de derecho, sin perjuicio de que adelantemos que carece de objeto invocar la vulneración del principio de igualdad del art.14 de la CE para justificar la improcedencia del cálculo sancionador, pues como sabemos no es invocable una situación de discriminación en el plano de la ilegalidad. Habrá que determinar si la cuantía de la sanción impuesta a la actora es ajustada a derecho, con independencia del trato dispensado a otras empresas, al margen de las cifras declaradas confidenciales sobre el volumen de negocios de otras empresas, dato que resulta innecesario para confirmar la validez de la sanción impuesta a la actora.

DECIMOSEPTIMO.- Sin embargo, habremos de dar la razón a la recurrente, en tanto en cuanto no se respeta la proporcionalidad la sanción si no se atiende a la cifra del 10% del volumen de negocios del último año a que se refiere el art.63.1.c en el sentido en que lo interpreta la Sala como volumen del mercado afectado, criterio sustentado en recientes sentencias tales como la de 17.6.2013, recurso 673/2011, o 21.3.2013, recurso 699/2011.

Respecto de la determinación del 10% del mercado afectado hemos de recordar lo que dispone el art.62 de la Ley 15/2007 establece:



"4. Son infracciones muy graves:

a. *El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales."*

El artículo 63 de la misma Ley:

"1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

a. *Las infracciones leves con multa de hasta el 1 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.*

b. *Las infracciones graves con multa de hasta el 5 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.*

c. *Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa."*

Hemos de señalar que el sistema que determinan los señalados preceptos se basa en dos elementos esenciales respecto de las infracciones muy graves:

1.- el volumen de negocios que ha de considerarse es el del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa,

2.- el máximo legal previsto es el 10% de dicho volumen.

En el presente caso la sanción se impone en Resolución de 19 de octubre de 2011, que refleja el acuerdo del día 13, y por lo tanto el volumen de negocios a considerar es el del ejercicio de 2010. No es correcta la magnitud considerada por la CNC en cuanto se refiere a otro ejercicio.

Analizaremos la naturaleza del porcentaje del 10%.

En el ámbito del Derecho Europeo el Reglamento CEE 1/2003 determina en su artículo 23.2 :

"2. *Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia:*

a) *infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado;*

b) *contravengan una decisión que ordene la adopción de medidas cautelares adoptada en virtud del artículo 8 del presente Reglamento;*

c) *no respeten un compromiso dotado de fuerza vinculante por decisión, con arreglo al artículo 9 del presente Reglamento.*

Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior.

Cuando la infracción de una asociación esté relacionada con las actividades de sus miembros, la multa no podrá ser superior al 10 % del importe global del volumen de negocios total de cada uno de los miembros que opere en el mercado cuyas actividades se vean afectadas por la infracción de la asociación."

En la sentencia de 12 de diciembre de 2012 , el Tribunal General afirma:

"160 Por otro lado, se desprende igualmente de reiterada jurisprudencia que el artículo 23, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 no exige que en el supuesto de que se impongan multas a varias empresas implicadas en una misma infracción, el importe de la multa impuesta a una empresa pequeña o mediana no sea superior, en porcentaje de volumen de negocios, al de las impuestas a las empresas más grandes. En realidad, de dicho precepto se desprende que, tanto en el caso de las empresas pequeñas o medianas como en el de las de mayor tamaño, procede tener en cuenta, para calcular el importe de la multa, la gravedad y la duración de la infracción. En la medida en que la Comisión imponga a cada una de las empresas implicadas en la misma infracción una multa que esté justificada en función de la gravedad y en la duración de la infracción, no puede reprochársele que las cuantías de las multas de algunas de ellas sean superiores, en porcentaje del volumen de negocios, a las de las otras empresas (sentencias del Tribunal de 5 de diciembre de 2006 , Westfalen Gassen Nederland/Comisión, T-303/02, Rec. p. II-4567, apartado 174 , y de 28 de abril de 2010, Gütermann y Zwicky/Comisión, T-456/05 y T-457/05 , Rec. p. II-1443, apartado 280).



161 En lo que atañe a la alegación de la demandante basada en el hecho de que el importe de la multa que se le impuso era muy cercana al límite máximo del 10 % del volumen global de negocios (véanse los apartados 152 y 153 supra) procede señalar que parece desconocer la naturaleza de este límite. En efecto, la cuantía correspondiente al 10 % del volumen global de negocios de un participante en una infracción a las normas de la competencia no es, a diferencia de lo que parece creer la demandante, una multa máxima, que sólo debe imponerse en el caso de las infracciones más graves. Según la jurisprudencia, se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción. La aplicación de este límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartado 283).

162 El Tribunal de Justicia también ha declarado que este límite no prohíbe que la Comisión utilice en sus cálculos de la multa un importe intermedio superior a dicho límite. Tampoco prohíbe que las operaciones de cálculo intermedias que toman en consideración la gravedad y la duración de la infracción se realicen sobre un importe que supere dicho límite. Si resultara que, al finalizar los cálculos, el importe final de la multa debe reducirse a un nivel que no sobrepase el mencionado límite superior, el hecho de que ciertos factores, tales como la gravedad y la duración de la infracción, no repercutan de manera efectiva en el importe de la multa impuesta es una mera consecuencia de la aplicación de dicho límite superior al importe final (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartados 278 y 279).

163 De ello se desprende que, el mero hecho de que la multa impuesta a la demandante se halle cerca del umbral del 10 % de su volumen de negocios, en tanto que el porcentaje es inferior para otros participantes en el cártel, no puede constituir una vulneración del principio de igualdad de trato o de proporcionalidad. En efecto, esa consecuencia es inherente a la interpretación del umbral del 10 % exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción del importe de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad (sentencia del Tribunal de 16 de junio de 2011, Putters International/Comisión, T-211/08, Rec. p. II-0000, apartado 74).

164 Por el mismo motivo, el mero hecho de que, debido a la aplicación de este umbral, incluso en el supuesto de una infracción todavía más grave, no se impondría a la demandante una multa significativamente superior, no demuestra que el importe de la multa que le impuso la Decisión impugnada sea desproporcionado. En todo caso, procede señalar, más generalmente, que la apreciación del carácter desproporcionado o no del importe de la multa impuesta a una empresa por una infracción de las normas de la competencia no puede realizarse sobre la base de una comparación entre la multa efectivamente impuesta y la que debería haberse impuesto por una infracción hipotéticamente más grave, puesto que se supone que las empresas han de respetar las normas de la competencia y no infringirlas. Procede señalar, además, que para justificar la tesis de que la infracción que cometió no era tan grave como habría podido serlo, la demandante reitera alegaciones que, según se desprende de los apartados 86 a 89 y 97 a 106 anteriores, deben desestimarse por infundadas."

Fuera de toda duda la prevalencia del Derecho europeo sobre el nacional en virtud de cesión de soberanía, reiteradamente declarado por el Tribunal de Luxemburgo ya desde la sentencia Costa vs Enel, y, posteriormente, sentencia Simmental y sentencia Kreil. Ahora bien, hemos de señalar desde ahora que el Reglamento CEE 1/2003 regula, en lo que nos interesa, la atribución de competencias sancionadoras a la Comisión, y desde tal presupuesto ha de entenderse la interpretación de la naturaleza del límite del 10% que realiza el Tribunal General en la sentencia parcialmente transcrita.

La prevalencia del Derecho Europeo no implica que el esquema de atribución de competencias a la Comisión en materia de Defensa de la Competencia, implique su traslado automático a los órganos nacionales de Defensa de la Competencia, dada su diferente naturaleza y ámbito de actuación:

a) Respecto a la naturaleza, no puede calificarse a la Comisión de órgano administrativo equiparable a los del Derecho español. Basta ver las funciones que le vienen atribuidas en el TFUE para sostener tal afirmación, entre otros en el artículo 289 (El procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión), o en el artículo 290 (Un acto legislativo podrá delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo)

b) En cuanto al ámbito de actuación, el Reglamento CEE 1/2003 determina en su artículo 4 :

"A efectos de la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión dispondrá de las competencias previstas en el presente Reglamento."



A continuación, el Reglamento regula las competencias de la Comisión. Entre estas competencias destaca la sancionadora en los términos del artículo 23 del Reglamento.

Debemos concluir que la organización de las facultades sancionadoras y su atribución a un órgano administrativo nacional no han de coincidir, en virtud del principio de prevalencia, con el alcance y facultades que el Reglamento CEE otorga a la Comisión. Y ello resulta de dos elementos:

a) el artículo 23 atribuye las facultades sancionadoras a la Comisión sin remisión a las autoridades nacionales en cuanto a su ejercicio, y por ello la facultad de sancionar en los términos recogidos en el reglamento solo es aplicable a la Comisión;

b) No así respecto de la aplicación de las normas que configuran las infracciones en los artículos 101 y 102 del TFUE - antes 81 y 82 -, como expresamente resulta del artículo 5 del Reglamento CEE 1/2003 :

"Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes:

- orden de cesación de la infracción,

- adopción de medidas cautelares,

- aceptación de compromisos,

- imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional."

Resulta clara que la tipificación europea de las conductas contrarias a la libre competencia vinculan a las autoridades nacionales - sin perjuicio de la facultad del artículo 3 del Reglamento "Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral."-; pero también resulta claro que la imposición de las multas sancionadoras se rige por el Derecho nacional.

DECIMOCTAVO .- Por otro lado, la interpretación de la naturaleza del límite del 10% de sanción a que se refieren los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 , ha de hacerse conforme a la legislación nacional española; y a tal efecto, es esencial la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución .

En este punto hemos de recordar lo dicho en la sentencia del TC 100/2003, de 2 de junio de 2003 :

"El punto de partida de esta síntesis ha de ser la doctrina expresada por la STC 42/1987, de 7 de abril . En esta Sentencia se dice lo siguiente respecto del contenido del art. 25.1 CE : «El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla nullum crimen nulla poena sine lege, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía.

La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término 'legislación vigente' contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora» (loc. cit., FJ 2). Recientemente hemos hecho hincapié en esta doble garantía en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2 ; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6 ; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4 ; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4 ; y 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3.

En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de lex certa, «que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones» (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3 , y 123/2001, de 4 de junio , FJ 11). Con ello hemos puesto el acento en la consideración de dicho mandato como una garantía de la denominada vertiente subjetiva de la seguridad jurídica (según la expresión utilizada en las SSTC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11 , y 196/2002, de 28 de octubre , FJ 5), lo que hace recaer sobre el legislador el deber de configurar las leyes sancionadoras con el «máximo esfuerzo posible» [STC 62/1982, de 15 de octubre , FJ 7 c)] para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. En palabras de la STC 116/1993, de 29 de marzo , FJ 3, la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita «predecir con suficiente grado de certeza las conductas que

constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa» [en los mismos o parecidos términos, SSTC 53/1994, de 24 de febrero, FJ 4 a); 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 124/2000, de 19 de julio, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3]. Observada desde su envés, esta garantía conlleva la inadmisibilidad de «formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador» (STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5)."

La certeza implica una determinación clara en cuanto a la sanción aplicable, estableciendo, al menos, un mínimo y un máximo, que permita graduar la sanción administrativa, ya sea aplicando, con especialidades, los criterios del Código Penal.

En cuanto a la reserva de Ley en la determinación de las sanciones administrativas, continua la citada sentencia:

"Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite «una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley» (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10; y 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4). En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3, reiterando lo ya dicho en el fundamento jurídico 3 de la STC 305/1993, de 25 de octubre, «el art. 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley»."

Por ello, los criterios de la CNC en cuanto a la aplicación de las sanciones, puede alcanzar a una graduación dentro de la previsión legal, lo que el TC denomina "cuadro de las existentes".

Interpretar los artículos 10 y 63 en el sentido de que el 10% del volumen de negocios opera exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones que la CNC pueda imponer, de suerte que tal órgano administrativo es libre de aplicar cualesquiera porcentajes sobre el valor de las ventas de los bienes y servicios en relación directa o indirecta con la infracción, contradice frontalmente el principio de Lex certa y reserva legal, respecto de las sanciones administrativas que recoge el artículo 25 de la Constitución en la interpretación que de este precepto nos da el TC.

La literalidad de los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007, permite su interpretación según los parámetros señalados por el TC, lo que hace improcedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley, solo posible cuando la norma legal no permita una interpretación conforme a la Constitución.

En conclusión hemos de señalar:

a) Una interpretación del límite del 10% conforme a la Constitución, exige entender que el mínimo de la sanción será el 0% y el máximo el 10% debiendo graduarse la multa dentro de esta escala, según las agravantes y atenuantes concurrentes, valorando su duración y gravedad, desde la perspectiva de la escala establecida por el legislador de 2007, respecto de las infracciones leves - hasta el 1% -, de las graves - hasta el 5% -, y de las muy graves - hasta el 10% -. Nada impide que las respectivas multas se fijen en atención a toda la escala, pero razonando en cada caso la concreta gravedad en la conducta de cada infractor que justifique la fijación del concreto porcentaje.

b) Las amplias facultades que el Reglamento CEE 1/2003 otorga a la Comisión en la graduación de las sanciones, no son trasladables a la CNC, de una parte, porque el Derecho Europeo no se las concede, de otra parte, porque el Derecho español lo impide por rango constitucional, y, por último, porque no existe semejanza entre la naturaleza jurídica de la Comisión y de la CNC.

La Disposición Adicional Tercera de la Ley 15/2007 dispone:

"La Comisión Nacional de la Competencia podrá publicar Comunicaciones aclarando los principios que guían su actuación en aplicación de la presente Ley. En particular, las Comunicaciones referentes a los artículos 1 a 3 de esta Ley se publicarán oído el Consejo de Defensa de la Competencia."

Del contenido anterior, se concluye que la CNC en sus comunicaciones puede aclarar los principios que guían su actuación en aplicación de la Ley, pero ello no implica una habilitación para fijar las sanciones.

Por ello la Sala ha concluido en otros recursos en los que se planteaba el actual problema, que el límite del 10% es el máximo de la sanción que puede imponerse, y no, como se ha discutido, y a ello hace referencia la respuesta del Sr. Abogado del Estado a la cuestión planteada por la Sala; un umbral de nivelación que fija el

máximo al que puede ascender la sanción, porque tal interpretación, implica necesariamente que la Ley no ha fijado la escala de sanciones, lo que sería contrario al principio de reserva legal establecido en el artículo 25 de la Constitución, en los términos examinados.

La única interpretación conforme a la Constitución, es admitir que el artículo 63 de la Ley 15/2007 - y antes el 10 de la Ley 16/1989 -, fijan una escala de sanciones y no tan sólo un umbral de nivelación que dejaría huérfana de regulación legal las sanciones aplicables.

En este sentido se expresó la sentencia del TS de 6 de marzo de 2003 al señalar que no se observaba vicio de inconstitucionalidad en el artículo 10 de la Ley 16/1989, pues entendió que tal artículo señalaba el máximo de multa pecuniaria, y admitía la posibilidad de una graduación razonada atendiendo también a los criterios legalmente establecidos.

Resuelta la naturaleza del límite del 10%, hemos de determinar sobre la base que ha de aplicarse.

El artículo 10 de la Ley 16/1989 determinaba:

"... multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal."

El artículo 63 de la Ley 15/2007 :

"Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa."

Queda fuera de duda el parámetro temporal dada la claridad de los preceptos *ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*, la referencia lo es al volumen de negocios del año anterior a la fecha de la Resolución de la CNC.

Se plantean, sin embargo, problemas de interpretación en el concepto "... volumen de ventas..." o "... volumen de negocios total...": y ello, porque la empresa infractora puede realizar actividades económicas variadas, o, lo que es lo mismo, operar en distintos sectores económicos. Es necesario determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora.

Desde este punto de vista cabe entender que volumen de negocios total, viene referido a la total actividad económica de la empresa infractora en todas sus ramas de actividad, o el volumen de negocios total en la rama de actividad en la que se ha producido la infracción.

Para determinar el sentido de la norma atenderemos:

- a) la proporcionalidad: tomar las totales actividades de la empresa, aún aquellas ajenas al ámbito de la infracción, no es proporcional a la infracción reprimida,
- b) finalidad de la norma: consiste en la reprobación de las conductas contrarias a la libre competencia, en el ámbito donde se produzcan, y
- c) ámbito de la vulneración: el sector afectado por la conducta es el parámetro de protección de la libre competencia.

Todo ello nos lleva a concluir que el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción.

Este es también el criterio seguido por la Comisión al que se refiere la sentencia de 12 de diciembre de 2012 del Tribunal General antes citada:

"21 En primer lugar, la Comisión determina un importe de base para cada empresa o asociación de empresas. A tal efecto, la Comisión utiliza el valor de las ventas de bienes o de servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción, en el sector geográfico correspondiente (apartado 13). El importe de base de la multa se vincula a una proporción del valor de las ventas, determinada en función del grado de gravedad de la infracción, multiplicada por el número de años de infracción (apartado 19). Los períodos de más de seis meses pero de menos de un año se cuentan como un año completo (apartado 24). Por regla general, la proporción del valor de las ventas que se tendrá en cuenta puede alcanzar hasta el 30 % (apartado 21)."

La vinculación del valor de las ventas de bienes o servicios en relación directa o indirecta con la infracción en el sector geográfico correspondiente, es precisamente el parámetro establecido para la determinación de las sanciones que deben imponerse, pero como en nuestro Derecho esas sanciones han de venir establecidas por la Ley - y el Reglamento CEE 1/2003, en su artículo 5 remite la imposición de las sanciones al Derecho interno



-, el parámetro del mercado afectado directa o indirectamente por la infracción ha de venir referido al cuadro de sanciones del artículo 63 de la Ley 15/2007 .

El artículo 3 del Código Civil establece:

"1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas."

El criterio gramatical no es suficiente para resolver el problema, pues el precepto de aplicación se refiere al *volumen de negocios total de la empresa infractora* , pero sin especificar a) si el volumen de negocios total lo es en todas las ramas de actividad o tan sólo en la afectada, b) si el concepto de empresa viene referido a la "unidad patrimonial autónoma y compleja" a través de la cual se realiza la actividad económica, a la personalidad jurídica de la entidad infractora o al grupo empresarial en que se integra de existir éste. Lo que resulta claro, es que se excluye de la base para la imposición de la sanción el concepto de volumen de operaciones afectadas por la infracción, pues el concepto de "volumen de negocios total" no puede incluir tan solo las operaciones afectadas por la infracción sino que ha de ser más amplio, precisamente porque se señala el término "total"

No es el criterio gramatical suficiente para solucionar el problema jurídico que se plantea, pues los conceptos que contiene el precepto admiten, desde el punto de vista jurídico, diversas acepciones y delimitaciones; por tal razón hemos acudido "al espíritu y finalidad" de la norma para la delimitación del concepto que encierra y que es, precisamente, la base sobre la que debe aplicarse la sanción.

Por último, hemos de señalar, de una parte, que la interpretación normativa ha de venir resuelta por parámetros de prevalencia del Derecho europeo y de constitucionalidad en primer término, que deben operar con preferencia a la voluntad del legislador, pues tanto el Derecho Europeo como la Constitución son normas prevalente a las de rango de Ley. De otra parte, el supuesto en que una empresa haya cesado en su actividad con anterioridad al año anterior a la Resolución de la CNC, es irrelevante, pues en tal caso, tampoco podría aplicarse el 10% como umbral de nivelación, y, en todo caso, el criterio temporal de la norma es claro.

Aplicando esta doctrina al caso de autos, el máximo de la sanción debe ser el 10% del volumen de negocios del ejercicio anterior, en el ámbito en el que se produjo la infracción.

DECIMONOVENO.- De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso, en cuanto la conducta enjuiciada es contraria a la libre competencia, pero la sanción impuesta ha de ser anulada en los términos expuestos en el fundamento de derecho anterior.

En consecuencia procede la estimación del recurso contencioso-administrativo que formula la recurrente con carácter parcial, anulándose la resolución impugnada, pero debiéndose retrotraer las actuaciones para que la CNC mediante resolución motivada, determine la sanción atendiendo al volumen afectado por la infracción de la empresa recurrente correspondiente al año 2009.

VIGÉSIMO.- No hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas, al haberse estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo, conforme al art.139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, ha decidido :

1º.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por **TRANSNATUR S.A** , y en su nombre y representación el Procurador Sr. Francisco Miguel Muñoz-Cuéllar, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 31 de julio de 2010** , y en consecuencia, anulamos la misma, en los términos establecidos en el fundamento de derecho decimoctavo y decimonoveno .

2º.- DESESTIMAR

el recurso contencioso-administrativo en cuanto a lo demás que solicita la recurrente .

3º.- No ha lugar a hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales .



Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación que se podrá preparar en esta Sección en el plazo de diez días siguientes al de su notificación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto particular

que formula el Ilmo Sr. Magistrado D. JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA a la sentencia de fecha 16 de abril de 2.014 pronunciada en el recurso nº **568/2010**, de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Aceptando los hechos relatados en la sentencia impugnada, y los fundamentos de derecho con excepción del 17º, 18º y 19º, sin embargo, lamento tener que discrepar del parecer de la mayoría respecto de la identificación del volumen total de negocios con el del mercado afectado que se hace en dichos fundamentos de derecho. Y ello en virtud de estos

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La identificación que ha venido haciendo la Sala, con pleno respeto a dicho criterio, entre el volumen total de negocios a que se refiere el artículo 63.1.c con el volumen afectado por el mercado del art. 64.1 de la Ley 15/2007, a mi modo de ver no resulta conforme a derecho, y ello en virtud de los siguientes argumentos:

1.- Los propios términos utilizados en dichos preceptos de la Ley 15/2007, deliberadamente distintos, como son los de "volumen total de negocios" y "dimensión del mercado afectado". Es significativo el empleo de estos términos, en relación con el texto anterior (art.10.1 de la ley 16/89), pues la utilización de la palabra volumen "total" de negocios es un término absolutamente novedoso -"total"- que en la ley anterior no existía.

2.- Con independencia del contenido de la Comunicación a la que se refiere la CNC, que tan sólo presenta un alcance meramente interpretativo, lo cierto es que el sistema utilizado por la Administración demandada se ajusta plenamente al que se aplicó por la Comisión Europea (art.23.2 del Reglamento 1/2003), y por tanto, es conforme al Derecho comunitario.

3.- El propio Tribunal Supremo cuando interpretó el art.10 de la Ley anterior 16/89 expresamente admitió la constitucionalidad del sistema sancionador de dicha ley, muy parecido al vigente con la excepción del límite inicial de las multas a 150.000.000 millones de ptas (STS de 29.5.2013, recurso 1312/2010). Por ello, la falta de certidumbre del régimen sancionador vigente, y de obligado cumplimiento de las exigencias del art.9.3 y 25.1 de la CE que ha venido invocando la Sala, debería determinar, en su caso, la aplicación de una cuestión de inconstitucionalidad, que debiera correr igual suerte que la que desestimó el Tribunal Supremo en dicha sentencia. Lo cierto es que tampoco se vislumbra tal vicio en la ley vigente, pues no puede decirse que confiera a la Administración una potestad omnímoda de fijación del tipo sancionador, al ser susceptible de graduación y control de la sanción a través de los criterios del art.64, aunque constituyan, en algunos casos, conceptos jurídicos indeterminados, pero susceptibles de determinación en el caso concreto, como ya vino a indicar el Tribunal Supremo, con independencia del estéril debate sobre si el 10% es un tope o un umbral de nivelación.

4.- No se puede obviar y esto es lo importante, que la voluntad del legislador (art.3.1 del CC), al aprobar la Ley 15/2007, ha sido, y no es otra, que la de utilizar un sistema de imposición de sanción que ha resultado ser el precisamente aplicado por la CNC. Conviene tener en cuenta que la redacción del artículo 63. apartados 2º y 3º de la citada Ley responde a la aprobación de la enmienda 206 del grupo parlamentario socialista (Diario de sesiones del Congreso de 26 de febrero de 2.007), y en ella se recoge expresamente que la finalidad de la enmienda cuando indica que " *estos criterios no son elementos que determinen la fijación de la cuantía base puesto que ésta viene representado por la delimitación o del volumen de negocios sino que se aplican a posteriori para fijar la cuantía final dentro de los tramos correspondientes en función del tipo de infracción y de la aplicación de un porcentaje en caso de delimitación del volumen de negocios o de un tramo de cantidades fijas cuando éste no se ha podido detener delimitar* ".

Es decir, la voluntad del legislador responde plenamente al sistema sancionador utilizado por la CNC: debe tenerse en cuenta que el artículo 63.1.c representa el límite máximo sancionador, y el art. 64 determina los criterios de cuantificación de la sanción, en el que obviamente habrá de tenerse en cuenta el tiempo de duración de la infracción en el mercado afectado, al que puede aplicarse, por ese tiempo un tipo superior del 10% con tal de que no exceda del 10% del volumen total de negocios del último ejercicio, con independencia del debate de si el 10% es un umbral sancionador o un tope.



5.- Tampoco pueden obviarse los acertados argumentos de la Abogacía del Estado cuando considera que de tener en cuenta el 10% del volumen del mercado afectado en el último ejercicio podría darse la circunstancia de que llegarían a sancionarse conductas que por el tiempo de duración del expediente sancionador han cesado en el ejercicio tenido en cuenta, e igualmente, resultaría de igual condición quien cometió la infracción a la legislación de competencia durante un año que durante 10.

6.- En cuanto a la falta de motivación e indefensión que invoca la actora ha de ser por último rechazada en la medida en que se han aplicado los coeficientes ponderados a que se refiere la Comisión de la CNC, en función del tiempo de duración del cártel y del volumen afectado en ese período, que por ser superior al 10% del volumen total de negocios expresado por la actora en el escrito de 29 de junio de 2010, en contestación al acuerdo de 20 de mayo de 2010 (folio 11804 bis), y con independencia de la cifra de negocios que la actora considera aplicable conforme a la pericial aportada, la cual no tiene en cuenta los criterios indicados en esta sentencia a la hora de valorar el volumen afectado, determina la aplicación de dicho 10%.

SEGUNDO.- Por consiguiente por todos los motivos tenidos en cuenta, y conforme al voto particular expresado en ocasiones anteriores por la magistrada Dña. Lucía Acín Aguado, no existe falta de proporcionalidad de la sanción en el sistema aplicado por la CNC conforme a la comunicación emitida por dicho organismo en cuanto pueden aplicarse tipo sancionadores de hasta el 30% del mercado afectado por varios ejercicios con tal de que no se supere la cifra del 10% del volumen total de negocios correspondiente al ejercicio anterior a la sanción, que eso sí, y tal como se expuesto en el fundamento de derecho 18º y 19º constituye un límite infranqueable por imposición legal, que ha de respetarse, y pueda servir igualmente, de umbral sancionador entre el 0 y el 10%, pues ello no lo impide el legislador.

TERCERO.- En consecuencia, procedía la desestimación del recurso contencioso-administrativo; sin costas a la recurrente, a la vista del debate reconocido en la sentencia, del que se deduce la existencia de dudas de derecho, conforme al art.139 de la ley jurisdiccional .

Así lo expresan el Magistrado firmante del voto particular, el cual habrá de notificarse a las partes junto con la resolución adoptada por la mayoría en la forma prevenida por la ley.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la resolución de la que discrepo.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Itmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de todo lo cual yo, el Secretario judicial, doy fe.