



Roj: **SAN 1677/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:1677**

Id Cendoj: **28079230062020100141**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/06/2020**

Nº de Recurso: **287/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000287 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03121/2018

Demandante: ASOCIACION TRANSCONT COMUNIDAD VALENCIANA

Procurador: D. GERMAN MARINA Y GRIMAU

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a dieciocho de junio de dos mil veinte.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **287/2018**, promovido por el Procurador D. Germán Marina y Grimau, en nombre y en representación de la **ASOCIACION TRANSCONT COMUNIDAD VALENCIANA**, contra la resolución de 12 de abril de 2018 dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0314/10 (PUERTO DE VALENCIA) en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2016 (recurso de casación nº 699/2016) que estima en parte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) de 25 de enero de 2016 (rec. nº 550/2013), dictada como consecuencia del recurso contencioso administrativo que se había interpuesto frente a la resolución de la CNC de 27 de septiembre de 2013 (expediente S/0314/10), en el único extremo de



la determinación de la cuantía de la multa. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que:

"1. Anule la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de abril de 2018 impugnada, anulando la cuantía de la sanción impuesta a mi representada, por ser contraria a derecho.

2. Se acuerde la imposición de costas a la Administración demandada".

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

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

CUARTO.- Para votación y fallo del presente proceso se señaló para el día 17 de junio de 2020 designándose ponente a la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo la ASOCIACIÓN TRANSCONT COMUNIDAD VALENCIANA impugna la resolución dictada en fecha 12 de abril de 2018 por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0314/10 (PUERTO DE VALENCIA) en ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 28 de noviembre de 2016 (recurso de casación nº 699/2016) que estima en parte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) de 25 de enero de 2016 (rec. nº 550/2013), dictada como consecuencia del recurso contencioso administrativo que se había interpuesto frente a la resolución de la CNC de 27 de septiembre de 2013 (expediente S/0314/10), en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa.

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

a) El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó en fecha 27 de septiembre de 2013 resolución, en el expediente S/0314/10 (PUERTO DE VALENCIA), en la que se acordó:

"PRIMERO. Declarar que en este expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho QUINTO.

SEGUNDO. Declarar responsables de dicha infracción a: (...) la Asociación de Empresas, Autónomos, Cooperativas y Cooperativas del Transporte de mercancías por contenedor de los puertos de la Comunidad Valenciana (TRANSCONT COMUNIDAD VALENCIANA); (...).

TERCERO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en los Fundamento de Derecho OCTAVO Y NOVENO, imponer a las autoras responsables de la conducta infractora las siguientes multas:

- TRANSCONT COMUNIDAD VALENCIANA: 3.048.395 euros".

b) Respecto de la recurrente, TRANSCONT COMUNIDAD VALENCIANA, la anterior resolución de la CNC declaró que era responsable de la infracción por su participación en un cártel consistente en homogeneizar y acordar los precios del transporte por carretera y de otras prestaciones unidas al transporte e incluso de las indemnizaciones por paradas, así como los incrementos del IPC o del gasóleo, estableciendo mecanismos de cierre de mercado para repartirse este, limitando la entrada al puerto de vehículos en el periodo comprendido entre diciembre de 1998 hasta 2011.

c) Dicha resolución se notificó a la ahora recurrente quien interpuso recurso contencioso-administrativo. La Audiencia Nacional dictó sentencia estimatoria en fecha 25 de enero de 2016 que se anula en parte por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 28 de noviembre de 2016 (recurso de casación nº 699/2016) y ordena que se cuantifique la sanción de multa de acuerdo con la interpretación que, de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, había realizado el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de enero de 2015. Concretamente, el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 29 de enero de 2015, reiterada por numerosas otras posteriores, señala que la metodología para la cuantificación de las sanciones que propugnaba la



Comunicación de la CNC de 6 de febrero de 2009, implicaba en un primer momento fijar el importe básico de la sanción sin sujeción a escala alguna, y a esta cifra se aplicaba ulteriormente un coeficiente de ajuste, según las circunstancias agravantes o atenuantes que se apreciaban, y solo en una tercera fase se ajustaba -cuando procedía- la cantidad así obtenida a los límites fijados en el artículo 63 de la LDC, lo que implicaba, según sostenía el Alto Tribunal, en buena parte de los casos, establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente sólo a modo de correctivo el porcentaje del 10% del volumen de negocios, sin que dicho método se avenga al artículo 63 de la LDC, que marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones, no en cuanto "umbral de nivelación", sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Y añadía que las referencias que efectuaba el artículo 63 de la LDC a la facturación o volumen de negocios de la empresa infractora debían entenderse hechas al volumen total de negocios, y no al volumen de negocios o facturación en la actividad afectada por la infracción.

d) Y en ejecución de la sentencia firme dictada por el Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2016, la CNMC ha dictado la resolución que constituye el objeto del presente proceso que sanciona a la recurrente con una multa por importe de 2.286.296 euros.

TERCERO.- En el escrito de demanda presentado por la recurrente se cuestiona el importe de la multa, así como el método de cuantificación de la misma. Y solicita la nulidad de la multa impuesta pues entiende que la CNMC no ha indicado las razones y motivos que le han llevado a fijar una determinada cuantía, pues sostiene que desconoce los criterios que ha seguido la CNMC para fijar su importe y, además, añade que éste resulta desproporcionado a la vista de lo establecido en los artículos 63 y 64 de la LDC, que entiende infringidos, denunciando así la falta de proporcionalidad de la sanción en atención a las particulares circunstancias del caso.

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

Conviene aclarar que el examen del presente proceso debe efectuarse partiendo de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 28 de noviembre de 2016 por cuanto la resolución administrativa ahora examinada se ha limitado a su ejecución en el único y exclusivo punto en que se estimó el recurso de casación. Y ello fue únicamente en relación con el proceso de determinación del importe de la sanción de multa. De tal manera que en este nuevo proceso no es posible discutir aspectos que ya quedaron firmes con el pronunciamiento del Tribunal Supremo y, entre ellos, los datos económicos relativos al volumen de negocios de la recurrente que se tendrán en cuenta para la determinación del recálculo del importe de la multa. Por igual motivo, destacamos que ha quedado ya firme la gravedad y la relevancia de la participación de la entidad recurrente en las actuaciones anticompetitivas.

La referida sentencia del Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina ya fijada en la sentencia de 29 de enero de 2015, cuestionó exclusivamente la utilización de la Comunicación de Multas de la CNC de 2009 en el cálculo de la multa y ordenó el recálculo del importe de la multa según la interpretación de los artículos 63 y 64 de la LDC realizada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de enero de 2015.

De tal manera que, lo único que ahora debemos revisar es si la metodología utilizada por la CNMC en la determinación del nuevo importe de la multa en ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2016 se ha ajustado a las determinaciones referidas por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015 que supuso la base jurídica de la sentencia dictada posteriormente por el Tribunal Supremo en cuanto determinó la nulidad de la multa impuesta y ordenó que se efectuara un nuevo cálculo atendiendo a los criterios fijados por la aludida sentencia del Tribunal Supremo.

Y en este sentido constan en el apartado 3.2. de la resolución impugnada los criterios expuestos por el Tribunal Supremo sobre la metodología que debe aplicarse para el cálculo de las sanciones en materia de competencia; y, en el apartado 3.3, se realiza el recálculo utilizando la metodología desarrollada en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.

Por ello, esta Sala considera que en la Resolución impugnada se han especificado cuáles han sido los criterios que se han tenido en cuenta para la determinación del nuevo importe de la sanción; criterios que son los que están regulados en el artículo 64.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC) -como así exigía la sentencia del Tribunal Supremo que se ejecuta- y de la conjunción de todos esos criterios la CNMC ha fijado un tipo sancionador que será el que se aplique luego sobre el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior a la infracción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la LDC.



Entiende la Sala, por tanto, que la CNMC ha seguido los criterios interpretativos fijados por el Tribunal Supremo, por lo que el problema se remite a determinar si, en aplicación de la misma, la resolución ha podido resultar con falta de motivación o incurrir en desproporcionalidad.

Como hemos señalado anteriormente, la recurrente apoya su defensa refiriendo que desconoce las razones que han llevado a la CNMC a determinar el importe de la multa ahora recurrida.

No compartimos la alegación referida por la recurrente sobre motivación insuficiente, porque es lo cierto que la CNMC ha especificado en la resolución impugnada los distintos motivos que le han llevado a aplicar un determinado tipo sancionador tal como se recoge en la propia resolución bajo la rúbrica "*Criterios para la determinación de la sanción a TRANSCONVAL y TRANSCONT basados en los hechos acreditados en la sanción original S/0314/10*".

En este sentido, la resolución ahora impugnada destaca que, en la resolución anterior de 23 de mayo de 2013, y que ha confirmado el Tribunal Supremo, a las empresas infractoras -entre ellas la ahora recurrente- se las ha considerado responsables de una infracción muy grave y, por tanto, podían ser sancionadas con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (esto es, 2012). Y, en esta línea, la resolución que ahora revisamos destaca el volumen de negocios total de cada una de las empresas infractoras en el año 2012, cuyo 10% ha de operar como techo de la multa y, a continuación, inicia el procedimiento de determinación del porcentaje sancionador a aplicar partiendo de los criterios de graduación marcados en el artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo acogida por la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2016 que ejecuta la CNMC en la resolución que ahora revisamos.

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

Las citas literales que se recogen a continuación están tomadas de la mencionada Resolución de recalcuro, y hacen referencia a la aplicación de los criterios que la CNMC ha tenido en cuenta en la determinación del importe de la multa de acuerdo con el artículo 64.1 de la LDC. Y han sido:

a) Las características del mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a): *"la infracción se refiere a un bien intermedio, utilizado de forma generalizada en la mayoría de sectores, por lo que el sobrecoste producido por la infracción en el mercado afectado general efectos en cascada sobre el resto de la economía, incidiendo también sobre el consumidor final. En efecto, no solo incide directamente sobre la competitividad del Puerto de Valencia y sobre su capacidad de competir con otros puertos nacionales o internacionales, sino sobre el resto de la economía en general, ya que el Puerto de Valencia es uno de los principales de España, con un radio de influencia de 350 Km en el que se produce el 55% del PIB español"*.

b) El alcance de la infracción (art.64.1.c): *"El mercado geográfico del transporte de mercancías a través de puertos comerciales y en particular el transporte terrestre de contenedores ha sido definido al menos como europeo, lo que refleja la capacidad de la infracción de afectar al comercio interior de la Unión Europea"*.

c) La duración de la infracción (art. 64.1.d): *"Las conductas se desarrollaron desde 1998 hasta la incoación del expediente en junio de 2011, sin perjuicio de la responsabilidad individualizada de cada uno de los imputados"*.

Y en relación con TRANSCONT, a efectos de determinar su participación en el cártel de forma más individualizada, en la sentencia del Tribunal Supremo que se ejecuta por la CNMC no se ha negado su participación desde diciembre de 1998 hasta junio de 2011 ni tampoco que, además, fue una de las instigadoras de los acuerdos y de la participación de otros operadores. E incluso se constata que realizó acciones de paralización de la actividad de puerto como medida de presión para hacer cumplir los acuerdos en sus términos, ocupándose así del control del cumplimiento de los acuerdos.

Por tanto, no podemos sostener, como así hace la recurrente, que la resolución carece de motivación por cuanto si se explicitan los distintos criterios recogidos en el artículo 64.1 de la LDC para determinar luego cuál va ser el tipo sancionador que se aplicará sobre el volumen total de negocios de cada una de las empresas sancionadas en el ejercicio 2012 -con el límite citado del 10%- que, en relación, con TRANSCONT fue de 30.483.948 euros. Tipo sancionador que se individualiza respecto de cada una de las empresas infractoras atendiendo en cada caso a los criterios de graduación del importe de la sanción recogidos en el artículo 64.1 de la LDC como son la dimensión y características del mercado afectado por la infracción; la cuota de mercado de las empresas responsables; el alcance de la infracción; la duración de la infracción; el efecto de la



infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

Tampoco apreciamos falta de motivación en la determinación del tipo sancionador que se aplica a la recurrente, concretamente del 7,5%. En este sentido, la resolución de la CNMC que revisamos tiene en cuenta que las entidades responsables, entre ellas TRANSCONT, representan la cadena completa del transporte de contenedores en el Puerto de Valencia, por lo que no era posible que los clientes afectados pudieran evitar las consecuencias de los acuerdos. Además, en cuanto a la efectiva dimensión del mercado afectado por la infracción, se tiene en cuenta el volumen de negocios en el mercado afectado durante los meses que duraron sus conductas anticompetitivas e incluso, a efectos de la individualización de las sanciones, se determina la cuota de participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado y en el caso de TRANSCONT se fija esa cuota de participación en el 8,8%. Además, en el caso de la recurrente, en la resolución sancionadora inicial se le aplicó la agravante de instigación prevista en el artículo 64.2.b) de la LDC que el Tribunal Supremo ha confirmado.

Asimismo, la CNMC afirma que, como los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta muestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, constituye ello un criterio de referencia adecuado para la determinación del tipo sancionador que procede imponer a cada empresa, de acuerdo con las previsiones del artículo 64.1, apartados a) y d).

Por otra parte, la recurrente refiere en su demanda que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad en la determinación del importe de la sanción.

Tampoco admitimos esa afirmación. La CNMC en la resolución sancionadora tiene en cuenta ese principio al referir: *"En aras de aplicar adecuadamente el principio de proporcionalidad de la sanción, deben valorarse las cifras precedentes tomando en consideración, por una parte, el peso de la actividad que estas asociaciones dedican al mercado afectado por la infracción en relación al total de su volumen de negocio; por otra, la cifra de la sanción propuesta debe compararse con una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta -bajo supuestos muy prudentes- aplicando un factor incremental por motivos de disuasión (...) En el caso de las dos entidades infractoras que son objeto de este recalcu, la sanción que les corresponde de acuerdo con la valoración de su conducta durante la infracción no excede al valor de referencia de proporcionalidad estimado para ellas. Ello es coherente con el elevado volumen de negocios de cada infractora en el mercado afectado"*.

Pues bien, en modo alguno puede decirse que la cuantificación de la multa resulte, ni inmotivada -las consideraciones que anteceden demuestran que se apoya en una motivación bastante y, en todo caso, consecuente con los criterios jurisprudenciales de aplicación-, ni que tampoco sea desproporcionada, pues aplica un tipo sancionador que se sitúa en la media del tipo sancionador máximo; porcentaje que somete después a los ajustes que permiten adecuarlo a las circunstancias particulares de los intervinientes de tal modo que el tipo sancionador del que se parte va decreciendo atendiendo a la menor participación de cada una de las empresas. Tales ajustes obedecen a la participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción (en el caso de la recurrente alcanzó el importe de 217.5578.755 euros) así como la participación de cada una de ellas en la infracción, que deduce la CNMC de los datos económicos proporcionados por las entidades a su requerimiento y que no fueron discutidos por el Tribunal Supremo en la sentencia que la CNMC ahora ejecuta.

Al contrario de lo que afirma la recurrente, la resolución no rebaja sin más el tipo sancionador del 10% al 7,5%, sino que utiliza la nueva metodología establecida a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 para determinar un tipo sancionador.

Por tanto, no podemos compartir con la recurrente ni la falta de motivación en la determinación del importe de la sanción ni tampoco su falta de proporcionalidad en su fijación.

Frente a todo ello han de ceder las críticas de falta de motivación o de desproporción de la sanción en las que insiste la recurrente en su demanda al referirse a que la multa impuesta no cumplía con los requisitos de los artículos 63 y 64 de la LDC, tal y como han sido interpretados por la Jurisprudencia.

Como hemos relatado, la resolución recurrida expone razonadamente, con sujeción a los criterios previstos en la ley que toma en consideración, como los ha valorado para proceder a la imposición de la sanción, dando cumplimiento a lo exigido por el Tribunal Supremo. A partir de aquí, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG *"a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción,*



así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)."

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

FALLAMOS

1. DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo nº **287/2018**, promovido por el Procurador D. Germán Marina y Grimau, en nombre y en representación de la **ASOCIACION TRANSCONT COMUNIDAD VALENCIANA**, contra la resolución dictada en fecha 12 de abril de 2018 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0314/10 (PUERTO DE VALENCIA) en ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2016 (recurso de casación nº 699/2016) que estima en parte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) de 25 de enero de 2016 (rec. nº 550/2013), dictada como consecuencia del recurso contencioso administrativo que se había interpuesto frente a la resolución de la CNC de 27 de septiembre de 2013 dictada en el expediente S/0314/10, en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa.

2. Y, en consecuencia, se confirma la resolución administrativa impugnada al ser ajustada a derecho.

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

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 60 días, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2 del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID 19 en el ámbito de la Administración de Justicia, debiendo acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 29/06/2020 doy fe.