



Roj: **SAN 403/2021 - ECLI:ES:AN:2021:403**

Id Cendoj: **28079230062021100048**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/01/2021**

Nº de Recurso: **164/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000164 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01690/2015

Demandante: ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTES DISCRECIONALES DE MERCANCÍAS POR CARRETERA DE SANTANDER y CANTABRIA

Procurador: DON RAFAEL PALMA CRESPO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Pre sidente:

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 veintinueve de enero de dos mil veintiuno.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **164/2015**, el recurso contencioso- administrativo formulado por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTES DISCRECIONALES DE MERCANCÍAS POR CARRETERA DE SANTANDER y CANTABRIA**, representada por el Procurador don Rafael Palma Crespo contra la resolución de 11 de febrero de 2015, S/0464/13 PUERTO DE SANTANDER, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 60.000 euros.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

ANTE CEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso y la anulación de la resolución impugnada.

TERCERO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 20 de enero de 2021 en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso la resolución de 11 de febrero de 2015, S/0464/13 PUERTO DE SANTANDER, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, por la que se le impuso a la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTES DISCRECIONALES DE MERCANCÍAS POR CARRETERA DE SANTANDER Y CANTABRIA (en adelante ASEMTRASAN) una sanción consistente en una multa de 60.000 euros por su participación en una infracción única y continuada consistente en la elaboración de tarifarios o precios de referencia del transporte de mercancías por carretera con origen o destino la Comunidad Autónoma de Cantabria, desde el año 2000 hasta al menos diciembre de 2012.

En la parte dispositiva de dicha resolución, se indicaba:

«[P] RIMERO.- Declarar que en el presente expediente se han acreditados las siguientes infracciones, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Quinto de esta Resolución:- una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la Ley 15/2007, así como por el artículo 101 del TFUE, por parte de ASEMTRASAN consistente en la elaboración de tarifarios o precios de referencia del transporte de mercancías por carretera con origen o destino la Comunidad Autónoma de Cantabria, el reparto de clientes y la fijación de condiciones del servicio.

(...)

SEGUNDO.- Declarar responsables de dicha infracción a las siguientes asociaciones:

- la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTES DISCRECIONALES DE MERCANCÍAS POR CARRETERA DE SANTANDER Y CANTABRIA (ASEMTRASAN) por su participación en una infracción única y continuada consistente en la elaboración de tarifarios o precios de referencia del transporte de mercancías por carretera con origen o destino la Comunidad Autónoma de Cantabria, desde el año 2000 hasta al menos diciembre de 2012.

(...)

TERCERO.- Imponer a las autoras responsables de la conducta infractora las siguientes multas:

- ASEMTRASAN: 60.000 euros. [...]».

Como resumen de los hitos más relevantes podemos señalar que:

1.- En el marco de la información reservada iniciada el 22 de abril de 2013, y en cumplimiento de las Órdenes de Investigación, se llevaron a cabo el 8 de mayo de 2013 por la DI inspecciones domiciliarias en las instalaciones de ASCOESANT, de la Agrupación Empresarial de Transportes de Cantabria (en adelante AETRAC), y de ASEMTRASAN.

2.- El 3 de julio de 2013, la DI incoó expediente sancionador contra las asociaciones ASCOESANT y ASEMTRASAN por la posible comisión de infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), por conductas consistentes en la fijación de precios y la limitación o el control de la prestación del servicio de transporte por carretera de mercancías con origen o destino en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

3.- Durante la instrucción se practicaron diversos requerimientos a las investigadas y a terceras entidades.

4.- El 5 de febrero de 2014 la DC formuló el pliego de concreción de hechos (PCH) al que se presentaron alegaciones.



- 5.- El 2 de abril de 2014 se notificó el cierre de la fase de instrucción y el 7 de mayo de 2014 se dictó propuesta de resolución (PR) notificada al día siguiente.
- 6.- El 6 de junio de 2014, la DC elevó su Informe y Propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC.
- 7.- El 4 de septiembre de 2014, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea.
- 8.- El 13 de noviembre de 2014, la Sala de Competencia de la CNMC acordó nuevo requerimiento de información necesaria para resolver con suspensión del plazo.
- 9.- La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 11 de febrero de 2015, sancionando junto con la actora a la Asociación de Consignatarios Estibadores de Buques del Puerto de Santander (ASCOESANT).
- 10.- ASEMTRASAN, a fecha de la resolución era una organización profesional constituida en 1977 por iniciativa de un grupo de transportistas que integraba, aproximadamente a quinientos autónomos o empresas de transporte de mercancías por carretera de Cantabria.

SEGU NDO.- Comienza el escrito de demanda directamente cuestionando los extremos y hechos en los que la CNMC sustenta la infracción. Pero para su correcta exposición y posterior desarrollo la resumiremos diferenciando (i) entre las cuestiones de fondo en las que se niega cualquier atisbo de culpabilidad en las conductas imputadas; y (ii) otra cuestión en la que se critica que se acuda, al hilo de las alegaciones realizadas por la recurrente, a la calificación de infracción única y continuada para salvar la prescripción de las conductas imputadas.

(i) Sostiene que de la información que manejó la CNMC para instruir el expediente no se desprenden, en ningún caso, las infracciones que se le imputan, y niega que tuvieron o pretendieran tener influencia alguna en el mercado.

Por lo que se refiere a los transportes con origen o destino en el Puerto de Santander denominados «tarifarios», son documentos elaborados en el sector que tienen un mero carácter orientativo en los incluso ha colaborado con el Observatorio de Costes del Transporte de Mercancía por Carretera del Ministerio de Fomento para costes de explotación y precios de trabajo. Constituye trata de una actividad habitual en el sector. Incluso en alguno de estos «tarifarios» ni tan siquiera tienen relación con la actora, como son el del transporte de madera o el de contenedores que también se le imputan.

En cuanto al reparto de servicio, tráfico y clientes, la reunión con los proveedores de GSW solo tenía como objeto analizar problemas laborales. Esa entidad fija sus precios libremente. Todas las reuniones tuvieron lugar entre 2005 y 2009 y no revelan ninguna práctica anticompetitiva.

Por lo que se refiere a la actuación con otra de las organizaciones, la llamada «Suelta», la actora se limitó a defender que también los integrantes de esta asociación debían «tener acceso a efectuar los transportes». En este caso el conflicto era entre esa asociación y la de estibadores.

(ii) En segundo término, considera incorrecta la calificación como una infracción única y continuada. Dice que «[n]o es correcto enlazar unas con otras para evitar la prescripción. Así, para que una infracción sea continuada ha de corresponderse con un plan preconcebido (...). Y en este expediente se mezclan, siempre en perjuicio del presunto infractor, que no tiene relación [...]» (sic).

Por el Abogado del Estado se solicita la desestimación del recurso, reiterando en gran medida los argumentos barajados por la resolución sancionadora.

TERC ERO.- Aunque con ello alteremos el orden expuesto con la demanda, comenzaremos analizando si la calificación de infracción única y continuada fue ajustada a derecho. Dice el escrito rector al folio 26, que la única razón por la que la CNMC consideró que se trataba de una infracción de esta naturaleza fue para salvar la prescripción de los hechos. Y esto tuvo lugar, como respuesta a las alegaciones presentadas por ASEMTRASAN frente a la propuesta de resolución.

Efectivamente la Administración rechazó el concurso de la prescripción porque consideró el órgano sancionador que los hechos debían reputarse integrados en una infracción única y continuada. Por ello, si reputáramos errónea la calificación efectuada por la Administración la infracción estaría prescrita. Por otro lado, para sustentar la infracción la resolución acude a la prueba indiciaria obtenida de los diversos requerimientos practicados a terceros y las dos asociaciones sancionadas, y en las copias de los acuerdos de diversas reuniones.



No está de más que recordemos la naturaleza de la infracción única y continuada y el alcance de prueba por indicios, puesto que se trata de dos aspectos directamente cuestionados por la actora.

Se ha considerado que estamos ante una infracción única y continuada cuando se participa en prácticas colusorias que constituyen (i) la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, (ii) la contribución intencional de la empresa (en este caso la asociación) a ese plan, (iii) y el hecho de que se tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes, por todas la STJUE de 16 de junio de 2011, Asunto T- 211/08, Putters International NV, (apartados 34 y 35).

Se destaca en este concepto la idea de unicidad y la de continuidad de la infracción. En cuanto al carácter único, se aprecia cuando hay identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, STG de 20 de marzo de 2002, Dansk Rørindustri/Comisión, T21/99, Rec. p. II1681, apartado 67, STJUE de 21 de septiembre de 2006, Technische Unie/Comisión, C113/ 04 P, Rec. p. I8831, apartados 170 y 171, y la STG de 27 de septiembre de 2006, Jungbunzlauer/Comisión, T43/02, Rec. p. II3435, (apartado 312); en la identidad de los productos y servicios afectados, SsTJUE de 15 de junio de 2005, Tokai Carbón y otros/Comisión, T71/0 3, T74/03, T87/0 3 y T91/03, no publicada en la Recopilación, (apartados 118, 119 y 124), y STG Jungbunzlauer/Comisión, (apartado 312); en la identidad de las empresas que han participado en la infracción STG Jungbunzlauer/Comisión, (apartado 312); y en la identidad de sus formas de ejecución STG Dansk Rørindustri/Comisión, (apartado 68). Además, también se pueden tener en cuenta para ese examen la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas, y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

Por lo que respecta a la continuidad, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no solo de un acto aislado sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando 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. Las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» con un idéntico objeto que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, lo que permite imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto, STJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 156).

Para que las prácticas colusorias puedan ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia, es necesario «[q]ue se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo [...]», STJUE de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T25/95, T26/9 5, T30/95 a T32/9 5, T34/95 a T39/9 5, T42/95 a T46/9 5, T48/95, T50/9 5 a T65/95, T68/9 5 a T71/95, T87/9 5, T88/95, T103/ 95 y T104/95, Rec. p. II491, (apartados 4027 y 4112).

En segundo término y por lo que respecta a la llamada prueba indiciaria para justificar la culpabilidad del infractor, quien sanciona parte de un hecho conocido y cierto del que, a través de un razonado proceso de análisis deductivo, se concluye la existencia de otro desconocido hasta ese momento pero también cierto y veraz, donde se culmina y manifiesta la conducta infractora y la culpabilidad de quien la cometió.

Este proceso debe estar trabado con la suficiente fuerza persuasiva que lleve, sin dudas, a la convicción de quien sanciona de que los hechos se han producido tal y como se describen, de manera que sea posible establecer una directa relación entre estos y las consecuencia punitivas que se anudan, descartando cualquier otra explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que ha llegado.

En definitiva, para que la prueba de presunciones supere la barrera de la presunción de inocencia, se requiere que los indicios no se sustenten 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.

No olvidemos que el TJUE ha exigido que la incriminación se ponga de manifiesto con pruebas precisas y concordantes para asentar la firme convicción de que la infracción tuvo lugar (véanse en ese sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, C- 89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, Rec. p. I-1307, apartado 127; del Tribunal General de 6 de julio de 2000, Volkswagen/Comisión, T-62/98, Rec. p. I-2707, apartados 43 y 72).

CUAR TO.- Como destacamos, el presupuesto indispensable para que pueda prosperar la calificación de infracción única y continuada es la existencia de un plan preconcebido y la consciente participación o asunción por el infractor de ese acuerdo. Sin la existencia de plan no hay infracción única y continuada y de existir el plan, sin la acreditada participación y conocimiento del supuesto infractor, no cabe la imputación de la sanción.



En el presente caso, la inexistencia del plan preconcebido es evidente. No se describe, se examina o se analiza el plan, ni tan siquiera las trazas de su existencia que simplemente se presume. Por el contrario, la primera referencia que se hace de la existencia de ese supuesto plan es la contestación que la CNMC da las alegaciones de las dos asociaciones sancionadas.

Recordemos que la resolución sancionó junto con la actora a la Asociación de Consignatarios Estibadores de Buques del Puerto de Santander (ASCOESANT), pero en ninguna parte de la resolución describe ni el entramado ni la participación o relación que entre estas dos asociaciones hiciera pensar que actuaban gracias a un plan preconcebido. No solo hay ausencia de descripción del plan, es que ni tan siquiera se indica quien participaban en él, si solo las dos sancionadas o las sancionadas con el concursos de todos o algunos de sus asociados.

A la inexistencia de la descripción del plan preconcebido, añadimos los defectos o mejor dicho la orfandad en la motivación de la culpabilidad. Como tuvimos ocasión de decir en nuestra sentencia de 9 de julio de 2020, recurso 302/2016 «[N]uestra labor no es completar ni suplir lo que la Administración pudo o debió hacer, sino revisar la resolución sancionadora y comprobar si en ella se encuentran los elementos de juicio suficientes, y si la Administración ha sido capaz de valorarlos de manera adecuada al ejercicio de la potestad desplegada para poder confirmar o anular la sanción impuesta.

Y para que podamos identificar las conductas incriminatorias con el rigor que debiera caracterizar un procedimiento de esta naturaleza debemos centrarnos en el acuerdo sancionador. Debe ser esta resolución un documento completo que permita sin mayores dificultades comprender y examinar cuál es la participación del sancionado, cuáles han sido los elementos probatorios en los que se sustenta, el razonamiento en torno a la responsabilidad que se imputa anudando la acción o la omisión a un concreto tipo infractor.

Tampoco podemos suplir el acuerdo sancionador con extremos traídos al expediente en fases anteriores del procedimiento de instrucción, salvo expresa remisión o referencia del propio acuerdo sancionador, como podría ocurrir con el Pliego de Concreción de Hechos. Este momento del procedimiento está previsto, según el artículo 50.3 de la LDC, para recoger "los hechos que puedan ser constitutivos de infracción (...)", y para que el interesado pueda contestarlo y proponer las pruebas que considere oportunas. Ni tan siquiera se contiene en este momento propuesta de resolución sancionadora que se deja para más tarde, una vez concluido el procedimiento de instrucción. [...]».

Todo lo razonado nos conduce a la íntegra estimación del presente recurso, sin que resulte necesario analizar el resto de los motivos invocados, con la anulación de resolución impugnada en lo que afecta a la sanción impuesta a la recurrente.

QUIN TO.- La estimación del recurso conlleva la imposición de costas a la Administración de conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la LJCA.

FALLAMOS

Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTES DISCRECIONALES DE MERCANCÍAS POR CARRETERA DE SANTANDER y CANTABRIA** contra la resolución de 11 de febrero de 2015, S/0464/13 PUERTO DE SANTANDER, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia; y anulamos parcialmente el acuerdo sancionador en cuanto a la sanción que le fue impuesta a la actora; con expresa condena en costas a la Administración.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así lo mandamos, pronunciamos y firmamos.