



Roj: **SAN 3161/2022 - ECLI:ES:AN:2022:3161**

Id Cendoj: **28079230062022100400**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **13/06/2022**

Nº de Recurso: **464/2018**

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: 0000464 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04704/2018

Demandante: ATEIA-OLTRA VALENCIA

Procurador: DOÑA LAURA ARGENTINA LÓPEZ MOLINA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

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 trece de junio de dos mil veintidós.

Se ha visto, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el presente recurso tramitado con el número **464/2018**, interpuesto por la **Asociación de Transitarios, Expedidores Internacionales y Asimilados-OLT (ATEIA-OLT Valencia)** representada por la procuradora doña Laura Argentina López Molina contra la resolución de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia de 12 de julio de 2018, recaída en el expediente VS/0314/10, PUERTO DE VALENCIA.

Ha comparecido como parte demandada la Administración General del Estado.

ANTECEDENTES 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 solicita que se dicte sentencia estimando el recurso con la anulación de la resolución impugnada.

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

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 11 de mayo del año en curso, fecha en la que tuvo lugar.

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 contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Transitarios, Expedidores Internacionales y Asimilados-OLT, en la actualidad denominada Asociación de Transitarios, Expedidores Internacionales y Asimilados de Valencia-OLTRA (Organización para Logística y el Transporte-Representantes Aduaneros y en lo sucesivo ATEIA-OLTRA) contra la resolución de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia de 12 de julio de 2018, en el expediente VS/0314/10, PUERTO DE VALENCIA, por la que se impone a la actora una multa por importe de 13.144.444 euros.

La resolución impugnada fue dictada en ejecución de las sentencias del Tribunal Supremo de 7 y 11 de noviembre de 2016, recursos 1047/2016 y 617/2016, y de 23 de abril de 2018, recurso 608/2016, por las que se estimaron parcialmente los recursos de casación interpuestos contra las sentencias de esta Sala de fecha 25 de enero de 2016, recursos 577/2013, 574/2013 y 534/2013.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda son varios los motivos invocados para instar la nulidad de la sanción impugnada: (i) la caducidad del procedimiento; (ii) la inexistencia de cosa juzgada material de la STS de 11 de noviembre de 2016 sobre el presente recurso contencioso-administrativo, que solo vincula a la Administración y no impide a esta Sala pronunciarse sin límites sobre cualquier cuestión que sea invocada por la actora; (iii) la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida por hacer aplicación retroactiva de la ley sancionadora más desfavorable. Invoca la aplicación de la Ley 16/1989 frente a la Ley 15/2007 para las asociaciones sin volumen de ventas o de negocios; (iv) la inconstitucionalidad del apartado 1, último párrafo, así como del apartado 3, c) del artículo 63 de la Ley de defensa de la competencia 15/2007 por vulnerar el principio de legalidad y, en consecuencia, la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada, el establecimiento de la base de la sanción en función de un hecho incierto y futuro en relación al momento de cometer la infracción, como es el volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la multa, por fuerza posterior al momento infractor; (v) la inconstitucionalidad de los apartados 1 y 3 del artículo 63 de la Ley de defensa de la competencia 15/2007, así como del apartado 1 del artículo 10 de la Ley 16/1989, por vulneración del principio de igualdad ante la ley, en función de que se interprete como volumen total o volumen de ventas; (vi) la anulabilidad de la resolución recurrida por motivos vinculados a las supuestas culpabilidad y punibilidad de la conducta imputada; (vii) la errónea aplicación de la Ley 15/2007 y, de manera especial, de los criterios de sus artículos 63 y 64 para la determinación del importe de las sanciones. Tras unas consideraciones generales afirma que la STS modificó la duración de la infracción única y continuada, iniciándose en diciembre de 2004 y no en octubre de 2002 como dijo la Administración. En cuanto a las características del mercado afectado, no pueden hacer referencia a si se trata o no de un "bien intermedio", como afirma la resolución impugnada (página 11, párrafo segundo), pues salvo las materias primas o no transformadas todo son bienes intermedios. También discrepa de la cuota de mercado asignada, ya que la asociación carece de cuota de mercado, y no forma parte de ninguna cadena de transporte. Lo mismo cabe decir del mercado geográfico; (viii) desconoce porque se ha cifrado el tipo sancionador en un 6,3% y no le ha sido aplicado entre el 0 y 10% otro tipo de porcentaje diferente. No hay ningún parámetro en la resolución sancionadora que lo explique; (ix) denuncia la vulneración del principio de proporcionalidad y un trato discriminatorio a la actora; (x) el error al considerar la infracción como muy grave, en contra de lo alegado por esta parte que adujo que tenía que ser calificada como de grave; (xi) por último, invoca la concurrencia de circunstancias atenuantes. Afirma que las circunstancias modificativas de la responsabilidad no pueden vincularse con la duración de la infracción, como parece que ha hecho la STS de 11 de noviembre de 2016.

Por el Abogado del Estado se instó la desestimación del recurso, incidiendo en la legalidad de la resolución impugnada.



TERCERO.- Si cotejamos los motivos incoados en el presente recurso, constatamos que coinciden con los que se invocaron con ocasión del recurso 534/2013, resuelto por esta Sala en la sentencia de 25 de enero de 2016, que fue casada por la STS de 11 de noviembre de 2016, recurso 617/2016.

Es cierto que esta Sala no entró a valorar todos los motivos de aquella demanda puesto que apreciamos que se había producido la caducidad del procedimiento. Sin embargo, este criterio fue rectificado por la citada sentencia del Tribunal Supremo que la casó. El Alto Tribunal, tras casar la sentencia, sí entró a analizar todos los motivos de la demanda que ahora se reiteran, rechazándolos en su integridad.

Por esta razón, el escrito de demanda formulado en el presente recurso, como motivo novedoso, hace especial hincapié en lo que denomina la falta de vinculación, vía cosa juzgada, por lo dicho y resuelto por el Tribunal Supremo, puesto que no se trata del mismo acto y los argumentos de la actora van encaminados a combatir lo dicho por la Administración y no lo resuelto por el Tribunal Supremo.

Nada más lejos de la realidad, la sentencia del Tribunal Supremo se limitó a estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo 534/2013 y a anular la sanción de 13.144.444 euros que se le había impuesto, pero « [o]rdenando a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios de los asociados a ATEIA- OLTRA Valencia en el año 2012, y los términos expresados en esta sentencia, [...]». Los demás elementos integrantes de la infracción, como la calificación, la valoración de la antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad de la conducta fueron analizados, valorados por la sentencia y confirmados. Resulta por todo ello improcedente que ahora volvamos a pronunciarnos sobre lo que el Tribunal Supremo ha dejado ya zanjado y resuelto.

CUARTO.- Solo cabría discutir los términos en los que se ha graduado la sanción. Como ya hemos tenido ocasión de decir en un supuesto de ejecución de sanción en este mismo cártel, en la SAN de 18 de junio de 2020, recurso 287/2018, 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, la 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 recálculo, 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 la actora, 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 ni tampoco que, además, fue una de las instigadoras de los acuerdos y de la participación de otros operadores. Incluso se constata que realizó acciones de paralización de la actividad del 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 ATEIA-OLTRA fue de 873.181.182 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 concurren 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 8 %. En este sentido, la resolución de la CNMC que revisamos tiene en cuenta que las entidades responsables, entre ellas ATEIA-OLTRA, 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 ATEIA-OLTRA se fija esa cuota de participación en el 35,2 %. 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 « *[E]n 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 tampoco que 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 a 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, sino que utiliza la nueva metodología establecida a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 para determinarlo.

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.- Lo expuesto y siguiendo lo ya dicho por esta Sala en anteriores sentencias, nos lleva a la íntegra desestimación del presente recurso con expresa condena en costas a la recurrente, de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **la Asociación de Transitarios, Expedidores Internacionales y Asimilados-OLT (ATEIA-OLT Valencia)** contra la resolución de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia de 12 de julio de 2018, recaída en el expediente VS/0314/10, PUERTO DE VALENCIA, con expresa condena en costas a la recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.