

RESOLUCIÓN (Expte. VS/0120/08 TRANSITARIOS)

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 10 de Abril del 2014

LA SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición ut supra, ha dictado esta Resolución en el Expediente de Vigilancia Parcial VS/0120/08 Transitarios, instruido por la Dirección de Competencia.

Han sido Ponentes los Consejeros, Don Fernando Torremocha y García-Sáenz y Don Benigno Valdés Díaz.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El hoy extinto Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el marco del Expediente Sancionador S/0120/08 Transitarios, dictó Resolución el día 31 de Julio del 2010 en la que acordaba, en relación a BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA S.A., lo siguiente:

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 Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 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.A. y su matriz DEUTSCHE POST AG; RHENUS LOGISTICS S.A.; SALVAT LOGISTICA 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 100.000 Euros a BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA 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.- La anterior Resolución le fue notificada a BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA S.A., el día 4 de Agosto del 2010, contra la que interpuso recurso contencioso-administrativo, del que conoció la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional (Recurso 599/2010), que el día 17 de Junio del 2013 dictó Sentencia, que goza de firmeza, en la que *“estimaba parcialmente el Recurso y declaraba no ser ajustada a Derecho la Resolución de 31 de Julio del 2010, en cuanto a la cuantificación de la multa que le fuera impuesta”*.

“Así anulaba la misma ordenando a la CNC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados”.

TERCERO.- En consecuencia, el día 20 de Febrero del 2014, con el fin de ejecutar la Sentencia, la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ha solicitado a BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA S.A., para que confirmara los datos que fueron aportados al expediente principal en relación con el volumen de facturación total de la empresa, correspondientes a los servicios transitarios por carretera con origen en España y destino a otro país europeo, del año 2009, antes de la aplicación del IVA y otros

impuestos, con referencia expresa al **grupaje**, que es el **ámbito al que se ciñe la práctica y el Consejo en su resolución a la hora de calcular la sanción**.

La Comisión Nacional de la Competencia, hoy extinta, entendía por *grupaje* (envíos consolidados): transporte de cargas de hasta 3.000 kilos, con cierta estandarización en su organización, con salidas semanales a puntos concretos pero sin necesidad de una recogida diaria. Las tarifas para este servicio se fijan en función de su destino y peso.

CUARTO.- El requerimiento fue contestado en escrito fechado el día 7 de Marzo del 2014, en el que manifiesta:

- No dispone de una línea de grupaje. Sólo en el caso de que un cliente se lo solicite se encarga de buscar una empresa que preste dicho servicio.
- La facturación de exportaciones terrestres en 2009 supone un 0,95% de la facturación total de la compañía y asciende a Euros 74.232,58.
- De esos Euros 74.232,58 la cantidad de Euros 62.000 se corresponden con subcontrataciones, cruises, compras de containers, etc., y Euros 13.000 con carga parcial, donde en todo caso se incluirían los grupajes subcontratados con peso inferior a 3.000 kilos.

QUINTO.- El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en su Resolución de 31 de Julio de 2010 partía de la base de que **“BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA S.A., carece, según se ha contrastado, de volumen de facturación en el negocio transitario”**. Motivo por el cual, **“considerándole responsable de tomar parte en las conductas, le impone una sanción de Euros 100.000, con un afán eminentemente disuasorio”**.

Al efecto de dar cumplimiento a lo dispuesto por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 17 de Junio de 2013 (Recurso 599/2010), la Dirección de Competencia en el **“Informe Parcial para el cálculo de la sanción a BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA S.A., en ejecución de Sentencia”** (Vigilancia de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 31 de Julio del 2010 Expediente S/0120/08 Transitarios) **opina**, teniendo en cuenta lo concretado en el Fundamento de Derecho Sexto, que **habrá de considerarse:**

- Que el porcentaje para determinar la cuantía de la multa ha de venir referido al volumen de negocios total del 2009 (año anterior a la fecha de la Resolución) de la actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, que ha sido definido como *grupaje* y que a la luz de la contestación dada por BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA S.A., a requerimiento de la Dirección de Competencia, **asciende a Euros 13.000**.

- Que para el cálculo del importe básico de la sanción se **habrá de tener en cuenta** los criterios aplicados en la Resolución para el resto de imputadas, **conforme a la Comunicación de cuantificación de sanciones**.
- “Para el cálculo del importe básico de la sanción se ha tenido en cuenta la duración de las conductas declarada para cada una de las empresas tal y como ha sido determinada en el Fundamento de Derecho Quinto. Cuando se ha puesto fin a la conducta antes del final del ejercicio se ha **prorratedo el volumen de negocios con arreglo a los meses de duración**”.
- “Para los primeros años de la conducta **no se cuenta** con el volumen de negocios de las partes, por lo que se **les ha asignado** la facturación anual mínima de la empresa **en el periodo considerado**. Atendiendo a la naturaleza muy grave de la infracción, se ha aplicado a estos importes sin IVA un **porcentaje del 10% ponderando en función de los años**”.
- “Al importe básico así calculado se le debe aplicar un **coeficiente ajuste** en función de las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes”.

SEXTO.- La Dirección de Competencia sigue diciendo en su Propuesta de Informe Parcial que, “si bien tal y como se dice en la Resolución, la duración de la conducta va desde Octubre del 2000 al 18 de Noviembre de 2011, el Consejo en su Acuerdo de 20 de Mayo de 2010, solicita los datos relativos a los servicios por carretera con origen en España y destino otro país europeo, clasificados por grupaje, carga parcial y carga completa para los años 2003 a 2009.

En el caso de BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA S.A., **en el que ha quedado acreditada su falta de actividad respecto del grupaje**, habrá de estarse a sus manifestaciones concretadas en su escrito de 7 de Marzo de 2014 y, por tanto, considerar que los datos son los correspondientes a la carga parcial y que se corresponderían con los de la siguiente tabla (folio 11838 del Expediente Sancionador S/0120/08).

Ejercicio	Carga parcial (en €)
2003	15.000
2004	9.000
2005	8.000
2006	8.000
2007	16.000
2008	9.000
2009	13.000

SÉPTIMO.- En cuanto a agravantes y atenuantes, en el caso de BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA S.A., la Resolución de 31 de Julio de 2010 **indica expresamente que no existen.**

OCTAVO.- La Dirección de Competencia el día 19 de Marzo del 2014 eleva a esta SALA DE COMPETENCIA Propuesta de Informe Parcial para el cálculo de la sanción a imponer a BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA S.A., en ejecución de Sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, el día 31 de Julio del 2010, dictó Resolución en el marco del Expediente Sancionador S/0120/08 Transitarios, en la que establecía a lo largo de 128 páginas, lo siguiente:

1º en el Primero de los Hechos Probados, apartado segundo (concreción de las partes) literalmente establecía en la página 11:

“2 BWS (BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA SA) está controlada conjuntamente por cuatro socios: la española UNIVERSAL CARGO S.L. (37%), la danesa BLUE WATER SHIPPING A/S (33%) y dos personas físicas (30%).

Al frente de BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA S.A., hay un administrador único.

BLUE WATER SHIPPING A/S tiene constituido un grupo logístico integrado que suministra soluciones de transporte de mercancías por carretera, tren, mar y aire, así como servicios complementarios, presente en varios continentes ya sea directamente, ya a través de agentes y empresas asociadas.

La española BWS presta servicios transitarios principalmente en el transporte marítimo y con menor incidencia en el transporte aéreo. En cuanto al sector de las actividades transitarias por carretera, BWS ha alegado a la DI actuar de forma limitada y puntual a solicitud de clientes de marítimo, cediendo de forma onerosa en febrero de 2001 a ABX la explotación de su línea de grupaje terrestre por carretera entre España y Dinamarca, en la que tenía una relevante presencia”.

2º en la Resolución de 31 de Julio del 2010 (**anulada por Sentencia de la Audiencia Nacional**) se hace reiteración en el cuerpo de la misma, así como en su Parte Dispositiva al contenido que conforman los **FUNDAMENTOS DE DERECHO CUARTO, QUINTO Y SEXTO.**

Esta Ponencia ha sido incapaz de encontrar en dicha Resolución los numerales Cuarto, Quinto y Sexto.

En todo caso, en el apartado Fundamentos de Derecho (página 77) establece en su inicio lo siguiente:

“Imputación realizada por la Dirección de Investigación

La Dirección de Investigación considera que “los acuerdos descritos en el PCH se enmarcan en el artículo 1 de la actualmente derogada Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia (en adelante Ley 16/1989) y en el artículo 1 de la vigente Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia (LDC), en relación con los acuerdos adoptados por las empresas participantes en el cártel desde octubre de 2000 (es decir, durante la vigencia de la derogada Ley 16/1989), manteniéndose en vigor dichos acuerdos al menos hasta el momento de la incoación de este expediente sancionador y la realización por la CNC de las inspecciones en las sedes de algunas de las empresas incoadas en noviembre de 2008.

Por tanto, se trata de una infracción continuada realizada durante la vigencia tanto de la Ley 16/1989 como de la vigente LDC, por lo que la calificación de esta práctica se realiza teniendo en cuenta los periodos de vigencia de cada una de estas Leyes, sin que en ningún caso se pueda considerar que esta infracción haya prescrito, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 de la LDC”.

3º en vista de todo lo actuado y conforme al artículo 50.4 de la Ley 15/2007, la Dirección de Investigación propone a este Consejo (página 78):

Primero.- Que se declare la existencia de conducta colusoria del artículo 1 de la LDC y del artículo 81 del TEC por acuerdo de fijación, directa o indirecta, de precios en el ámbito de actividades transitarias.

Segundo.- Que esa conducta colusoria se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC.

Tercero.- Que se declare responsable de dicha infracción a...BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA S.A...

Cuarto.- Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63.1.c) de la LDC para las infracciones muy graves, con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC”.

4º Cálculo de la sanción (página 120). La Dirección de Investigación propone que *“se imponga la sanción prevista en el artículo 63.1.c) de la LDC para las infracciones muy graves, con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC”*.

Y sigue diciendo (página 122) que *“para el cálculo del importe **básico** de la sanción se ha tenido en cuenta la duración de las conductas para cada una de las empresas tal y como ha sido determinada en el Fundamento de Derecho Quinto. Cuando se ha puesto fin a la conducta antes del final del ejercicio se **ha prorrateado** el volumen de negocios con arreglo a los **meses de duración**. Para los primeros años de la conducta **no se cuenta** con el volumen de negocios de las partes, por lo que se **les ha asignado** la facturación anual mínima de la empresa en el periodo considerado. Atendiendo a la naturaleza de la infracción, se ha aplicado a estos importes sin IVA **un porcentaje del 10% ponderando en función de los años**”*.

5º en el caso de BWS (BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA S.A.) *“que carece, según se ha contrastado, de volumen de facturación en el negocio transitario, pero que sin embargo ha sido declarado responsable de tomar parte en las conductas, se le atribuye una sanción de 100.000 euros, con un afán eminentemente disuasorio*.

SEGUNDO.- La Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el día 17 de Junio del 2013, ha dictado Sentencia en el Recurso 599/2010 interpuesto por BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA S.A., contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 31 de Julio del 2010.

En su Parte Dispositiva se dice

*“FALLAMOS que **estimando parcialmente** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Blue Water Shipping España S.A...**debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la cuantificación de la multa y en consecuencia **debemos anularla y la anulamos, ordenando** a la CNC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, **confirmando** la Resolución en sus restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas”*.

La Sentencia tiene un Voto Particular discrepante *“en orden a la interpretación del Artículo 10.1 de la Ley 16/1989 y 63.1.c) de la Ley 15/2007 consistente en que el límite del 10% del “volumen de ventas” o “de volumen de negocios total” de la empresa infractora fijado en esos artículos viene referido al volumen de ventas/negocios en el ámbito de la 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”*.

TERCERO.- La Sentencia examina, a lo largo del Fundamento de Derecho Sexto *“la alegación de la actora sobre la mecánica en la cuantificación de la multa impuesta”*.

Al efecto aborda lo dispuesto en los Artículos 62 y 63 de la Ley 15/2007 y en el ámbito del Derecho Europeo el Artículo 23.2 del Reglamento CEE 1/2003. Así como doctrina jurisprudencial en apoyo de su tesis, que desdobra en dos conceptos:

1º En cuanto al ***periodo temporal*** del volumen de negocios sobre el que se debe cuantificar la multa sancionadora es el del ejercicio inmediatamente anterior al que se dicta la Resolución *“y no como hace la CNC al referirse a otro ejercicio en su Resolución 19 Octubre 2011 que refleja el acuerdo del día 13 y por lo tanto el volumen de negocios a considerar es el del ejercicio inmediato anterior del 2010”*.

2º En cuanto al ***volumen de negocios y competencia sancionadora*** establece los siguientes pronunciamientos:

- Resulta clara que la tipificación europea de las conductas contrarias a la libre competencia vinculan a las autoridades nacionales (***Sentencia Costa vs Enel; Sentencia Simmental; y Sentencia Kreil***) sin perjuicio de lo prevenido en el 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...en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten”*.
- Resulta obvio, pues, que la imposición de las multas sancionadoras se rige por el Derecho Nacional.

3º Cita al efecto la ***Sentencia del Tribunal Constitucional 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 la que respecto al Artículo 25.1 CE se dice <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 artículo 25.1 es expresivo de una **reserva de Ley en materia sancionadora**” (SSTC 133/1999 de 15 Julio; 276/2000 de 16 Noviembre; 25/2002 de 11 Febrero; 75/2002 de 8 de Abril; y 113/2002 de 9 Mayo).*

*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 las **SSTC 142/1999 de 22 de Julio y 123/2001 de 4 de Junio**).*

*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 expresión utilizada en las **SSTC 273/2000 de 15 Noviembre y 196/2002 de 28 Octubre**) lo que hace recaer sobre el legislador el deber de configurar las leyes sancionadoras con el máximo esfuerzo posible (**STC 62/1982 de 15 Octubre**) **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 Marzo** 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 las cometa” (SSTC 53/1994 de 24 Febrero; 151/1997 de 29 Septiembre; 124/2000 de 19 Julio y 113/2002 de 9 Mayo).*

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 Marzo)**”.

4º En cuanto a la **reserva de Ley** en la determinación de las sanciones administrativas, continúa 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 Abril ; 101/1988 de 8 Junio ; 61/1990 de 29 Marzo ; 341/1993 de 18 Noviembre y 25/2002 de 11 Febrero).

*“En definitiva, según se destaca en la **STC 113/2002 de 9 Mayo** “el Artículo 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**”.*

5º Finaliza la Sala diciendo que “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%.
- 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 con rango constitucional; y, por último, porque no existe semejanza entre la naturaleza jurídica de la Comisión y de la CNC.

-----0-----

La Audiencia Nacional en sus muy recientes Sentencias reitera **ad nauseam** la anterior doctrina en sus respectivas Fundamentaciones Jurídicas, que traslada y transcribe literalmente en todas y cada una de ellas.

Sin ánimo de agotar el tema procede citar, al día de hoy, las siguientes:

- SAN de 10 de Diciembre de 2013 Recurso 612/2011.
- SAN de 24 de Febrero de 2014 Recurso 660/2011.
- SAN de 7 de Marzo de 2014 Recurso 670/2011.
- SAN de 12 de Marzo de 2014 Recurso 172/2011.
- SAN de 12 de Marzo de 2014 Recurso 714/2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Dirección de Competencia en el *“Informe Parcial para el cálculo de la sanción a BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA S.A.”* que eleva a esta SALA DE COMPETENCIA, en cumplimiento y ejecución de la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional el día 17 de Junio del 2013 (Recurso 599/2010) en el marco del Expediente de Vigilancia de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 31 de Julio del 2010 (Expediente Sancionador S/0120/08 Transitarios) que conforma el **ANTECEDENTE QUINTO** de esta Resolución, entre otras consideraciones, se dice en su literalidad que **“para el cálculo del importe básico de la sanción habrá de tenerse en cuenta los criterios aplicados en la Resolución** (la que anula la Audiencia Nacional) **conforme a la Comunicación de cuantificación de sanciones”**.

Al respecto decir:

1º es un hecho probado que goza de certeza indubitada y fehaciencia **erga omnes** que la conducta seguida por las empresas investigadas e imputadas, conforma una conducta única y continuada y tiene una duración temporal que va desde Octubre del 2000 al 18 de Noviembre del 2011.

Conductas infractoras del Artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia y del Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia *“en tanto que ha quedado suficientemente acreditada-probada la existencia de una infracción única y continuada en el tiempo, que ha sido calificada como muy grave”*.

Por tanto, en orden a la **multa sancionadora** a imponer, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 128.2 de la Ley 30/1992 **“se ha de aplicar una de las dos normas** –bien el Artículo 10 de la Ley 16/1989 ó bien los Artículos 62, 63 y

64 de la Ley 15/2007– **debiendo optarse por aquélla que resulte más beneficiosa para los infractores-imputados”.**

Y ello, de conformidad y armonía con los principios de irretroactividad de las normas sancionadoras más desfavorables y de retroactividad de las más favorables **ex Artículos 9 y 24 de la Constitución Española.**

2º la doctrina jurisprudencial desarrolla este precepto normativo en orden a que “*la discrecionalidad que el Artículo 10 de la Ley 16/1989 concede, debe de ser ejecutada ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, los efectos en el mercado, la existencia de circunstancias modificativas de la conducta, etc., dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con los principios de proporcionalidad e individualización de la sanción, para adaptarla a la gravedad de la conducta”.*

De ahí que deban valorarse **(a)** la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia **(b)** la dimensión y las características del mercado afectado **(c)** los efectos de la infracción sobre consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos **(d)** la duración de la conducta restrictiva de la competencia y **(e)** la reiteración y demás circunstancias agravantes y/o atenuantes, en su caso.

A efectos meramente indicativos, citar las Sentencias del Tribunal Supremo **SSTS de 1 de Diciembre de 2010 Recurso 2685/08; de 29 de Enero de 2013 Recurso 2496/2012 y de 28 de Junio de 2013 Recurso 1947/2010.**

Y de la Audiencia Nacional **SSAN de 10 de Noviembre de 2010 Recurso 637/2009; de 22 de Noviembre de 2010 Recurso 365/2009; de 18 de Enero de 2011 Recurso 266/2009; de 10 de Febrero de 2011 Recurso 318/2010; de 13 de Octubre de 2011 Recurso 795/2009 y de 10 de Noviembre de 2011 Recurso 846/2009.**

----0----

Item más, la Audiencia Nacional en la muy reciente **Sentencia de 30 de Enero de 2014 Recurso 422/2012** recuerda que “*constituye un principio esencial del derecho punitivo sancionador español la división de las sanciones en grados (mínimo, medio y máximo) dependiendo de la fijación de la cuantía de la multa de la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad”.*

SEGUNDO.- En orden a la aplicación de la llamada **Comunicación de cuantificación de sanciones**, que se nos dice en el Informe que viene aplicando

el extinto Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, y en aras al principio de no hacer innecesarias repeticiones, decir que *“la Ponencia asume en su plenitud, como no podía ser de otra manera, en aplicación de los principios de legalidad y seguridad jurídica, la totalidad argumentativa de las SSTC citadas y reseñadas anteriormente” (HECHO PROBADO TERCERO de esta Resolución).*

Y sólo a modo de conclusión reiterar **en orden al principio de reserva de Ley** el argumentativo que conforma la **STC 113/2002 de 9 de Mayo** cuando enfatiza que *“el Artículo 25 de la Constitución española 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**”.*

O lo que es lo mismo que decir **“que debe aplicarse el principio de jerarquía de las normas legales”** ex Artículo 1 siguientes y concordantes del Código Civil.

TERCERO.- En lo atañente a BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA S.A., y en cumplimiento a lo ordenado por la Audiencia Nacional en su Sentencia, firme, de 17 de Junio del 2013 (Recurso 599/2010) debemos partir del concreto establecimiento recogido en la Resolución de 31 de Julio de 2010 **que se anula**, y que literalmente dice **“que carece, según se ha contrastado, de volumen de facturación en el negocio transitario, pero que sin embargo ha sido declarado responsable de tomar parte en las conductas, se le atribuye una sanción de 100.000 euros, CON UN AFAN EMINENTEMENTE DISUASORIO”.**

Y una vez dicho lo anterior, fijar definitivamente el volumen de negocios de BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA S.A., en la cantidad de **€uros 13.000** sobre la que habrá de aplicarse lo prevenido en el Artículo 63.1.c) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, tal y como se acordó hacerlo en la Resolución de 31 de Julio del 2010 **(anulada por Sentencia de la Audiencia Nacional).**

Ello hace que, al no existir circunstancias modificativas de la conducta nos inclinemos por aplicar el 5%, esto es el grado mínimo de la escala, conforme a doctrina jurisprudencial, lo que concreta definitivamente el importe de la multa sancionadora a imponer a BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA S.A., en la cantidad de **€uros 650.**

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, esta **SALA DE COMPETENCIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la Sesión Plenaria del día 10 de Abril del 2014

HA RESUELTO

PRIMERO.- En cumplimiento de lo ordenado por la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional el día 17 de Junio del 2013, en el marco del Recurso Contencioso-Administrativo 599/2010 interpuesto por BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA S.A., contra la Resolución de 31 de Julio del 2010 del hoy extinto Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el marco del Expediente Sancionador S/0120/08 Transitarios, imponer a BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA S.A., una multa sancionadora por importe de **€uros 650**.

SEGUNDO.- Multa sancionadora que se impone al amparo de lo dispuesto en el Artículo 63.1.c) en relación y concordancia con el anterior Artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en cumplimiento estricto de lo ordenado en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de Junio del 2013.

TERCERO.- Intimar a la Dirección de Competencia, de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que cuide del fiel y puntual cumplimiento de lo aquí resuelto.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia, de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a todas las partes interesadas, haciéndoseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en esta vía previa administrativa, pudiendo hacerlo en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente día al de su notificación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la Audiencia Nacional.