



Roj: **SAN 834/2023 - ECLI:ES:AN:2023:834**

Id Cendoj: **28079230062023100101**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **20/02/2023**

Nº de Recurso: **682/2018**

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: 0000682/2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00561/2018

Demandante: ASOCIACION NAVIERA VALENCIANA

Procurador: DOÑA SHARON RODRÍGUEZ DE CASTRO RINCÓN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinte de febrero de dos mil veintitrés.

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 **682/2018**, interpuesto por la **Asociación Naviera Valenciana** representada por la procuradora doña Sharon Rodríguez de Castro Rincón 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 8 de febrero del año en curso, en 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 el interpuesto por la Asociación Naviera Valenciana (ANV en lo sucesivo) 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 3.307.783 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.

Concretamente, en el caso de la actora de la sentencia de esta Sala de 25 de enero de 2016, estimó el recurso 577/2013 interpuesto por la ANV contra la resolución de 27 de septiembre de 2013. Interpuesto recurso de casación por el abogado del Estado fue estimado en parte por la STS de 25 de enero de 2014, recurso 1047/2016, en lo que se refería a la sanción, ordenando a la CNMC el recálculo de la multa inicialmente impuesta.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda son varios los motivos invocados para instar la nulidad de la sanción impugnada. Comienza por invocar la caducidad del procedimiento, puesto que la resolución del recálculo ha sido emitida como parte de un procedimiento sancionador caducado.

Advertimos que parte de los motivos invocados en esta ocasión coinciden sustancialmente 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. Concretamente, en cuanto a la denunciada caducidad fue inicialmente apreciada por esta Sala. 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 varios de los motivos invocados por aquella recurrente, rechazándolos en su integridad.

Reiterar en estos momentos esta causa de anulación del procedimiento resulta inviable, una vez que el Tribunal Supremo ha zanjado este debate. Por otro lado, la resolución que es objeto del presente recurso se dictó en ejecución de sentencia, lo que la deja al margen de la previsión procedimental de la LDC, ciñéndose su dictado a los términos de la LJCA.

TERCERO.- En segundo término, denuncia la indefensión provocada por la falta de audiencia previa con ocasión de la resolución en la que se materializaba el recálculo de la sanción.

Este segundo motivo tampoco puede prosperar puesto que el recálculo lo fue en la ejecución de las sentencias del Tribunal Supremo arriba referenciadas. La forma de proceder, obviando el trámite de audiencia para la graduación de la sanción cuando la actuación de la Administración es «ejecución» de una sentencia, ha sido consagrada por la STS de 30 de septiembre de 2019, recurso 5246/2018, en la que se estimó en parte y anuló una sanción que había impuesto la CNMC, ordenando el dictado de nueva sanción conforme a lo previsto en los artículos 63 y 64 conforme a los de la LDC.

Se plantearon en casación esencialmente dos cuestiones; la primera relacionada con el tiempo del que disponía la Administración para la ejecución, que aquí no se plantea; y la segunda en la que se abordaba la necesidad de que le fuera conferida audiencia con propuesta de la nueva resolución sancionadora. Sobre esta última cuestión afirmaba la sala que « [e]l trámite de audiencia únicamente sería necesario en caso de que para el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia fuese necesario abordar cuestiones no debatidas en el proceso o requiriese la realización de operaciones sobre las que hubiese algún margen de apreciación, no determinado en sentencia, pues solo en ese caso la omisión del trámite de audiencia podría causar indefensión a la parte interesada [...]» y concluye que « [E]l cumplimiento de la sentencia que anula la resolución sancionadora



únicamente en lo relativo a la cuantía de la multa no exige que se inicie y tramite un nuevo procedimiento administrativo cuando la propia sentencia deja señalados, de acuerdo con lo debatido el proceso, los criterios y pautas para la cuantificación de la multa. El trámite de audiencia previo al dictado de este acto de ejecución únicamente será necesario en caso de que el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia requiriese abordar cuestiones no debatidas en el proceso o la realización de operaciones en las que hubiese algún margen de apreciación, no delimitado en la sentencia pues solo en ese caso la omisión del trámite de audiencia podría causar indefensión a la parte interesada. [...]».

El Tribunal Supremo nos da a entender que la segunda sanción se limitaba a recoger los criterios sentados por una anterior que anuló el primer acuerdo sancionador, dejando claros los pasos a seguir por la Administración para la imposición de la segunda. Recordemos que en aquella ocasión la STS de 21 de septiembre de 2015, recurso 721/2013, por la que se anulaba la primera sanción por los criterios para su graduación y su cálculo, se limitó a decir que «*[e]stimamos que la Sala de instancia ha vulnerado los criterios de graduación de las sanciones establecidos en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, tal como habían sido interpretados por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las sentencias de 29 de enero de 2015 (RC 2872/2013) y de 30 de enero de 2015 (RC 2793/2013), y no ha respetado el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta la naturaleza y entidad de la infracción, la duración de la infracción -que se circunscribe al periodo de un mes-, la realización de actuaciones para poner fin a la infracción, el efecto de la infracción sobre los intereses públicos vinculados a la libre competencia en el sector audiovisual. [...]*»; y en el fallo, apuntaba en el punto segundo, «*[o]rdenando a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a que cuantifique la sanción pecuniaria conforme a lo dispuestos en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en los términos fundamentados. [...]*».

Es decir, que tanto en el supuesto resuelto por la jurisprudencia a la que nos remitimos como en el supuesto fáctico que ahora nos ocupa, los criterios de ejecución fueron la remisión a los artículos 63 y 64 de la LDC. En aquella ocasión no se fijaron en la sentencia que se ejecutaba más criterios que la mera remisión legislativa, a pesar de lo cual el Tribunal Supremo no consideró necesario el previo trámite de audiencia. Algo más se puntualiza, como veremos más adelante, en la sentencia cuya ejecución es objeto del presente recurso, por lo que, si en aquel caso no se requirió necesario el trámite de audiencia, con menos motivos será preciso en el presente.

A pesar de que podrían existir razones que aconsejaran lo contrario, puesto que (i) el objeto del debate inicial no fue la sanción que ahora se impugna sino otra diferente y anulada, (ii) que el recurrente inicialmente impugnó fue un acuerdo sancionador distinto y se pudieron defender o invocar razones diferentes, debemos rechazar este motivo por exclusivos criterios de seguridad jurídica puesto que el debate ha sido cerrado por la jurisprudencia a la que nos estamos refiriendo.

CUARTO.- Los otros dos motivos invocados, centrados en la proporcionalidad de la sanción impuesta y en los perjuicios que le ocasionan por carecer de medios para afrontar su pago hasta el extremo de provocar el cierre o cese de su actividad, pueden recibir una respuesta conjunta.

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 y 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. Respecto de la sanción así lo recoge el acuerdo impugnado al decir que « [p]rocede declarar que la sanción impuesta a la Asociación Naviera Valenciana por la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de septiembre de 2013, debe recalcularse atendiendo a que estimamos que la autoridad de competencia no ha valorado adecuadamente el criterio de graduación de las sanciones de «duración de la infracción» contemplado en el artículo 64.1 d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

Aunque resulta adecuada la calificación de la conducta infractora de continuada, cabe tener en cuenta que los hechos significativos de la cooperación de la citada Asociación con los partícipes en el cártel, se derivan de su participación en las reuniones celebradas a partir de junio de 2004 hasta febrero de 2011, sin que se pueda tener en cuenta, a estos efectos, la conducta imputada en relación con el periodo comprendido entre octubre de 2002 y junio de 2004, por su escasa incidencia en la cartelización del mercado de prestación de servicios de transporte de contenedores por carretera.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia deberá tomar en consideración, asimismo, en el cálculo del importe de la sanción las características de la participación de la Asociación Naviera Valenciana en la comisión de la infracción, sin que pueda, a éstos efectos, tener en cuenta la aducida falta de aplicación efectiva de la conducta anticompetitiva imputada, al sancionarse un comportamiento que tiene por objeto impedir y restringir la competencia en dicho mercado. [...]».

En el caso de la ANV, puntualiza la resolución impugnada que el periodo de participación se extiende desde junio de 2004 hasta abril de 2011. El volumen de negocios era de 60.911.561 euros en el 2012, y el volumen de negocio en el mercado afectado era de 177.577.101 euros, lo que se correspondía con un 7,4%, y se le aplicó un 6,4% del tipo sancionador.

El tipo sancionador 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.

El nuevo acuerdo sancionador, en el que ya no se aplica la comunicación de multas como dispuso el Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, supera los límites de la multa inicialmente impuesta tanto para la actora como para ATEIA-OLT, por los que en ambos casos se rebajaron los importes inicialmente fijados, como respeto del principio de la *reformatio in peius*.

En este contexto difícilmente podemos hablar de vulneración del principio de proporcionalidad cuando además, expresamente, la resolución lo tuvo en cuenta 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 [...]».

En definitiva, la resolución recurrida expone razonadamente, con sujeción a los criterios previstos en la ley que toma en consideración, cómo 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). [...] ».

Por último, afirma que carece de medios para hacer frente a la sanción y su pago provocaría su extinción. Al margen de que se trata de una mera afirmación de parte, difícilmente podemos admitir que la buena marcha del negocio o de la actividad de la actora esté determinada por esta concreta actuación de la Administración. Cuesta trabajo creer que la supervivencia de la empresa dependa del importe de la sanción impuesta cuando precisamente se materializó teniendo presente el volumen de negocios de la sancionada.

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 Naviera Valenciana** 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 actora.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día 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.