



Roj: **ATS 2024/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2024A**

Id Cendoj: **28079130012023200396**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/02/2023**

Nº de Recurso: **8097/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **ATS 2024/2023,**
AATS 4070/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo

Contencioso-Administrativo

Sección: PRIMERA

AUTO

Fecha del auto: 23/02/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **8097/2022**

Materia: COM NACI DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Submateria:

Fallo/Acuerto: Auto Inadmisión

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat**

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 103

Secretaría de Sala Destino: 003

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **8097/2022**

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

AUTO

Excmos. Sres.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D. **José Manuel Bandrés Sánchez-Cruz**

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. Fernando Román García

D. Isaac Merino Jara

En Madrid, a 23 de febrero de 2023.

HECHOS

PRIMERO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 13 de junio de 2022, sentencia desestimando el recurso contencioso-administrativo n.º 464/2018 interpuesto por la Asociación de Transitarios, Expedidores Internacionales y Asimilados-OLT (ATEIA-OLT Valencia) contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 12 de julio de 2018, recaída en el expediente VS/0314/10, Puerto de Valencia, por la que, en lo que aquí interesa, se impone a la recurrente una multa de 13.144.444 €.

La resolución administrativa se dicta en ejecución de las SSTs de 7 y 11 de noviembre de 2016 (recursos 1047/2016 y 617/2016) y 23 de abril de 2018 (recurso 608/2016), y en sustitución de las inicialmente impuestas en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 27 de septiembre de 2013.

La sentencia razona que la STS de 11 de noviembre de 2016 (casación 617/2016) se limitó a estimar parcialmente el recurso y anular la sanción pero "[o]rdenando a la CNMC 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, [...]"; y que 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; por ello, concluye que solo cabría discutir los términos en los que se ha graduado la sanción.

Y, en relación con la graduación de la sanción, razona que en la sentencia del Tribunal Supremo que se ejecuta por la CNMC no se ha negado la participación de la recurrente en la conducta que dio lugar a la infracción, ni tampoco que, además, fue una de las instigadoras de los acuerdos y de la participación de otros operadores, constatándose incluso que realizó acciones de paralización de la actividad del puerto como medida de presión para hacer cumplir los acuerdos; por ello, concluye que la resolución no carece de motivación, ya que explicita los distintos criterios recogidos en el artículo 64.1 LDC para determinar luego cuál va a ser el tipo sancionador que se aplicará sobre el volumen total de negocios de cada una de las empresas sancionadas en el ejercicio 2012, 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 LDC.

Tampoco aprecia la Sala de instancia falta de motivación en la determinación del tipo sancionador que aplica a la recurrente, concretamente el 8%, ya que la resolución recurrida tiene en cuenta que las entidades responsables 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, se tiene en cuenta el volumen de negocios en el mercado afectado durante los meses que duraron las conductas anticompetitivas, y se determina la cuota de participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado, aplicándose, en el caso de la recurrente, la agravante de instigación prevista en el artículo 64.2.b LDC, que el Tribunal Supremo ha confirmado.

Por último, la Sala de instancia considera que la resolución recurrida no ha vulnerado el principio de proporcionalidad, pues aplica un tipo sancionador que se sitúa en la media del tipo sancionador máximo, 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.

SEGUNDO.- La representación procesal de la Asociación de Transitarios, Expedidores Internacionales y Asimilados (ATEIA-OLT Valencia) ha preparado recurso de casación contra la anterior sentencia.

Invoca en su escrito de preparación la infracción, en primer lugar, del artículo 24.2 CE y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al imputar la sentencia a su representada, de oficio, una participación en la infracción



diferente y más grave a la que le fue atribuida en vía administrativa, al considerarla una de las instigadoras de los acuerdos y de la participación de otros operadores. Añade que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha declarado que una sanción de 6 millones de euros pertenece por su gravedad al ámbito penal, en el que impera forzosamente el principio acusatorio. Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, el supuesto del artículo 88.2.e) LJCA.

En segundo lugar, la infracción de los artículos 9.3 y 14 CE por el trato discriminatorio dado a ATEIA-OLT en relación con la Autoridad Portuaria de Valencia. Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, la presunción del artículo 88.3.a) LJCA, al no existir jurisprudencia acerca de si se infringe el artículo 14 CE cuando se desecha implícitamente o ignora una solicitud de igualdad sancionadora con otros encausados situados en la misma o similar posición, pero mucho mejor tratados patrimonialmente por la Administración, sin que exista y se exteriorice una justificación objetiva, razonable y comprensible que explique la diferencia de trato.

En tercer lugar, la infracción de los artículos 4.2 y 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, y de la doctrina del TC referente a la capacidad económica como ingrediente de la proporcionalidad, al no haber tomado en consideración la capacidad económica de ATEIA-OLT, que es tributaria del principio de proporcionalidad y se manifiesta a través de su presupuesto. Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, el supuesto del artículo 88.2.e) LJCA.

En cuarto lugar, la vulneración del derecho a un proceso equitativo o justo y la vulneración del artículo 6.4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y de los artículos 24.1 y 2 y 120.3 CE, ya que ni la resolución recurrida ni la sentencia han sido efectivamente "oídas" las alegaciones de descargo de su representada. Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, la presunción del artículo 88.3.a) LJCA, por lo novedoso de apoyar esta decisión el citado artículo 6.1 del Convenio y en la jurisprudencia del TEDH, como por la nota de generalidad que presenta.

En quinto lugar, la infracción del artículo 25.1 CE y de la doctrina del TC sobre la predictibilidad de las sanciones administrativas por el apartado 1, último párrafo, del artículo 63 LDC, ya que vincular el importe de una multa a datos económicos ajenos al multado (volumen de negocios total), no habiéndose demostrado que éste los conocía o podía racional y legalmente conocerlos, es contrario a dicho principio de previsibilidad. Añade que se trata de una cuestión no abordada ni por la Audiencia Nacional ni por el Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de noviembre de 2016, que descarta plantear la cuestión de inconstitucionalidad indicando que ya se ha pronunciado anteriormente sobre la improcedencia de plantearla, cuando en realidad no lo hizo respecto del artículo 63.1, último párrafo, LDC 2007, sino sobre los apartados primero y segundo del artículo 10 LDC 16/1989, que tienen un contenido muy diferente. Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, el supuesto del artículo 88.2.d) LJCA.

Y, en sexto lugar, la infracción del principio de igualdad del artículo 14 CE por los apartados 1.c) y último párrafo del artículo 63 LEC, relativos a asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas, ya que la expresión "volumen total de negocio" se ha de aplicar a los diferentes eslabones de las cadenas de producción y distribución de bienes y servicios, siendo tal aplicación discriminatoria ya que perjudica a aquellos que no están al principio de las cadenas de valor o de distribución de un producto o servicio, toda vez que tienen forzosamente una facturación más elevada o hinchada que los situados en origen derivada de su posición intermedia o final en dichas cadenas, aunque tengan la misma o similar capacidad económica que aquellos. Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, el supuesto del artículo 88.2.d) LJCA y la presunción del artículo 88.3.a), ya que no se ha planteado hasta la fecha la cuestión acerca de la discriminación que el sistema sancionador de la LDC supone para las empresas "revendedoras" a medida que se acercan al final de la cadena de suministro.

Por último, invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, y para cada una de las infracciones más arriba expuestas, la letra d) del apartado 3 del artículo 88 LJCA, al proceder el acto impugnado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Esgrime, y en el apartado c) del artículo 88 por entender que la sentencia contiene una doctrina que puede ser gravemente dañosa para los intereses generales.

TERCERO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 2 de noviembre de 2022, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Se han personado ante esta Sala la Asociación e Transitarios, Expedidores Internacionales y Asimilados, ATEIA-OLT Valencia, representada por la procuradora D.^a Laura Argentina Gómez Molina, como parte recurrente, y, como parte recurrida, la Abogacía del Estado, quien, con ocasión al trámite conferido, para la personación ha manifestado su oposición a la admisión del recurso de casación.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat**, Magistrado de la Sala.



RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia contra la que se prepara el presente recurso de casación, tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes de esta resolución, desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución (de ejecución de sentencia) de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 12 de julio de 2018, recaída en el expediente VS/0314/10, Puerto de Valencia, por la que, en lo que aquí interesa, se impone a la recurrente una multa de 13.144.444 €.

SEGUNDO.- La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introduce en su Disposición Final Tercera una reforma del recurso de casación contencioso-administrativo con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos. Tal y como se señala en el Preámbulo de la Ley, "[...] con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional [...]". Es por tanto carga del recurrente argumentar de forma suficiente las razones por las cuales concurre el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, sin que la mera invocación de los supuestos previstos en la norma satisfaga dicha necesidad.

TERCERO.- En el escrito de preparación se invocan, además de los apartados d) y e) del artículo 88.2 de la LJCA, los apartados a) y d) del artículo 88.3 del mismo texto legal para razonar la concurrencia del interés casacional, que contienen una presunción de concurrencia del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Al respecto conviene aclarar que las presunciones recogidas en el meritado precepto no son absolutas pues el propio artículo 88.3, *in fine*, permite inadmitir (mediante "auto motivado") los recursos inicialmente beneficiados por la misma cuando este Tribunal Supremo "aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia". Esa carencia de interés casacional para la formación de jurisprudencia en el asunto, que permite inadmitir un recurso de casación a pesar de concurrir la presunción legal, ha de ser manifiesta; esto es, evidente y directamente apreciable sin complejos razonamientos jurídicos.

CUARTO.- Pues bien, aplicando estas premisas al asunto del caso, hemos de concluir que las cuestiones planteadas y las alegaciones desplegadas en el escrito de preparación deben tildarse de manifiestamente carentes de interés casacional, debiendo determinar la inadmisión del presente recurso de casación.

Así, en primer lugar, y en relación con las alegaciones y cuestiones referidas a la toma en consideración, para la determinación del importe de la multa, del "volumen de negocios total" de todas las asociadas a la Asociación recurrente, no puede obviarse que la resolución recurrida en la instancia se dicta en ejecución de la sentencia de esta Sala de fecha 11 de noviembre de 2016, dictada en el RC 617/2016, y dicha sentencia establece en su Fallo que la multa se impondrá en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios de graduación debidamente motivados, "sobre el volumen de negocios de los asociados a ATEIA-OLTRA Valencia en el año 2012"; por ello, la resolución recurrida, en este punto, no hace más que ejecutar la sentencia de esta Sala, no pudiendo ahora cuestionarse con ocasión de la nueva resolución dictada en ejecución de la sentencia.

A mayor abundamiento, esta Sala, en STS de 21 de marzo de 2018 (Casación 2653/2015), consideró que el Tribunal de instancia había realizado una interpretación inadecuada del artículo 63.1.c) *in fine* de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, al sostener que el volumen de negocios del que hay que partir para determinar el quantum de la sanción, en ese supuesto, en que se consideró responsable de la infracción al Club de Variedades Vegetales Protegidas, es el que corresponde al volumen de negocios reflejado en las cuentas sociales de la referida Asociación empresarial, y no al volumen de negocios de las empresas productoras y comercializadoras de la variedad de mandarina Nadorcott adheridas a dicha entidad, en cuanto éstas no son responsables de la comisión de la conducta restrictiva de la competencia. Y en STS de 19 de octubre de 2018 (Casación 4389/2017), reiterando lo dicho en STS de 21 de marzo de 2018 (casación 2653/2015), concluimos que las asociaciones tienen un carácter instrumental al servicio de sus asociados, por lo que su volumen o cifra de negocios suele expresar su relevancia económica en el mercado, de ahí que el legislador haya considerado idóneo acudir al volumen de negocios de sus miembros para determinar con la mayor precisión posible el potencial económico de la asociación y, por tanto, el alcance y la magnitud de las conductas restrictivas de la competencia realizada por la entidad.

En segundo lugar, con independencia del acierto o desacierto de la sentencia de instancia al considerar a la recurrente como una de las instigadoras de los acuerdos y de la participación de otros operadores, se trata de una cuestión carente de interés casacional, al no plantearse un problema jurídico que trascienda del cariz marcadamente casuístico, ya que la apreciación de la Sala de instancia se basa en la creencia de que ese papel de instigadora estaba confirmado por la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo que ejecuta la resolución recurrida.



En tercer lugar, y en relación con la alegación de que ni en la resolución recurrida ni en la sentencia han sido efectivamente "oídas" las alegaciones de descargo de la recurrente, se trata, en definitiva, de una alegación de falta de motivación o incongruencia omisiva de la sentencia, sin que se haya pedido el complemento de sentencia conforme a lo dispuesto en los artículos 267.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y 215 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, tal y como exige el artículo 89.2.c) LJCA.

Y, en cuarto lugar, en relación con la alegación del trato discriminatorio dado a ATEIA-OLT en relación con la Autoridad Portuaria de Valencia, estamos ante una cuestión nueva que no fue tratada por la Sala de instancia, con lo que, o bien excede de los términos en que se planteó el debate o, de haber sido alegada en el proceso y no haberse pronunciado sobre la misma la sentencia recurrida, debería haberse intentado la subsanación en la instancia mediante la petición de complemento, extremo que no se acredita; y, en todo caso, carecería de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, pues sobre el principio de igualdad y de no discriminación hay abundantísima jurisprudencia, que no se ha justificado esté necesitada de matización o abundamiento alguno en un caso como el presente.

QUINTO.- Procede, por tanto, declarar la inadmisión del recurso y, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1, párrafo primero de la Ley de esta Jurisdicción, la inadmisión debe comportar la imposición de las costas a la parte recurrente. La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de dos mil euros la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida.

Por lo expuesto,

La Sección de Admisión

acuerda:

Declarar la inadmisión del recurso de casación n.º **8097/2022**, preparado por la representación de la Asociación de Transitarios, Expedidores Internacionales y Asimilados, ATEIA-OLTRA Valencia, contra la sentencia de 13 de junio de 2022, dictada por Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo n.º 464/2018, con imposición de costas a la parte recurrente en los términos señalados en el último fundamento jurídico de la presente resolución.

Así lo acuerdan y firman.