

## **ACUERDO (Expte. VSNC/0014/11, TRASMEDITERRÁNEA)**

### **Presidente**

D. José María Marín Quemada

### **Consejeros**

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D<sup>a</sup>. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

### **Secretario**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 21 de Mayo del 2015

**LA SALA DE COMPETENCIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición ut supra, ha dictado el siguiente ACUERDO en el Expediente de Vigilancia VSNC/0014/11 TRASMEDITERRÁNEA, en el marco del Expediente Sancionador SNC/00114/11.

Ha sido Consejero responsable Don Fernando Torremocha y García-Sáenz.

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, el día 21 de Septiembre del 2011 dictó una Resolución administrativa en cuya Parte Dispositiva acordaba

### **RESUELVE**

**PRIMERO.-** *Declarar que la actuación de la COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA S.A., y EUROPA FERRYS S.A., en el curso de la inspección desarrollada por funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia en su domicilio social el 25 de mayo de 2011 fue constitutiva de obstrucción de la labor de inspección de la CNC tipificada en el apartado 2e) del artículo 62 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsables a COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA S.A., y EUROPA FERRYS S.A.*

**SEGUNDO.-** *Imponer solidariamente a la COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA S.A., y EUROPA FERRYS S.A., por la infracción declarada en el resuelve anterior, una sanción de 2.093.000 €uros, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1a) del artículo 63 de la LDC.*

**TERCERO.-** Instar a la Dirección de Investigación a que valore si la conducta del Director Regional de Trasmediterránea y Director de Europa Ferrys pudiera ser constitutiva de una obstrucción a título personal a la labor inspectora tipificada por el artículo 62.2e) de la LDC.

**CUARTO.-** Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

**SEGUNDO.-** La COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA S.A., y EUROPA FERRYS S.A., interpusieron Recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional solicitando, entre otros pedimentos, la suspensión de su ejecución. Pedimento que fue acordado en Auto de 31 de Enero del 2012, condicionado a la constitución de aval que fue declarado suficiente en Resolución judicial de 12 de Abril del 2012.

La Ilma. Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional el día 1 de Marzo del 2013 dictó Sentencia en el marco del Recurso Contencioso-Administrativo 524/2011, en cuya Parte Dispositiva acordaba

**FALLAMOS**

Que debemos **ESTIMAR EN PARTE** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA S.A., y EUROPA FERRYS S.A.**, contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 21 de Septiembre de 2011, a la que la demanda se contrae que anulamos en parte en cuanto al importe de la sanción impuesta que queda reducida a 418.600 €uros. Sin expresa imposición de costas.

**TERCERO.-** La ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, interpuso contra la citada Sentencia Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

La Excma. Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el día 26 de Enero del 2015 dictó Sentencia en el marco del Recurso de Casación 1526/2013 en cuya Parte Dispositiva acordaba

**FALLAMOS**

Que **NO HA LUGAR** y por lo tanto **DESESTIMAMOS** el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de 1 de marzo del 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso administrativo 524/2011.

*Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente conforme a lo expresado en el fundamento de derecho quinto.*

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.-** El día 25 de mayo del 2011, funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) se personaron en el domicilio social de la COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA S.A., y de su filial EUROPA FERRY S.A., sitas en el Recinto del Puerto s/n, edificio Acciona, 11201 Algeciras, con el fin de dar cumplimiento a la Orden de Investigación expedida por la Directora de Investigación de 18 de mayo, en aplicación del Artículo 40 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, *“para investigar posibles prácticas anticompetitivas en el sector del transporte marítimo regular de pasaje, vehículos en régimen de equipaje y carga entre la Península y el Norte de África, cuyo objeto sería la fijación de precios y de condiciones comerciales o de servicio, el reparto de mercado, así como la limitación o el control de la producción”*.

La Resolución administrativa dictada el día 21 de Septiembre del 2011 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, antecedente causal de este Expediente de Vigilancia, entre otras consideraciones y pronunciamientos establecía:

**1º** que *“considerando que la actitud de la COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA S.A., y EUROPA FERRY S.A., durante el desarrollo de la inspección podía ser constitutiva de una obstrucción de la labor de inspección de la CNC, tipificada en el artículo 62.2e) LDC, de conformidad con lo establecido en el artículo 70.2 LDC, la Dirección de Investigación de la CNC procedió a la incoación de expediente sancionador por obstrucción de la labor de inspección, mediante Acuerdo de 22 de Agosto de 2011, que quedó registrado con el número de Expediente SNC/0014/11 y que fue notificado al día siguiente a las empresas. Previamente, con fecha 14 de Julio se había notificado a las empresas la deducción de testimonio y la incorporación al expediente de referencia de documentos que constan en el Expediente S/0331/11 en el que la Compañía Transmediterránea S.A., y Europa Ferrys S.A., también son parte interesada”*.

*“Dicho procedimiento ha sido tramitado de acuerdo con el procedimiento simplificado previsto en el Capítulo V del Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993 de 4 de Agosto”*.

**2º** La Resolución administrativa, en las páginas 17, 18 y 19, concreta la obstrucción a la labor inspectora, particularizándola

*la dilación injustificada del comienzo de la inspección,  
la presentación de documentación requerida con retraso y de forma incompleta,  
la interrupción súbita de las comunicaciones informáticas,  
la incomparecencia durante toda la jornada de la inspección, del Director Regional de Transmediterránea y Director de Europa Ferrys.*

*“En cuanto al número de infracciones imputadas, cabe señalar que los hechos descritos son constitutivos de una única infracción del Artículo 62 LDC, como ha puesto de manifiesto la reciente **Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de Septiembre de 2011**”.*

*“Por otra parte, por lo que respecta a las alegaciones presentadas por la representación de las interesadas, este Consejo entiende, tras su oportuna valoración, que las mismas no pueden ser estimadas”.*

**3º** La Resolución administrativa (páginas 27 y siguientes) partiendo **(1)** de la existencia de una infracción leve por incumplimiento del Artículo 62.2e de la Ley 15/2007; **(2)** así como de la advertencia de la Directora de Investigación en la Orden de Inspección, de poder ser sancionados con una multa *“de hasta el 1% del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición”*, en el Fundamento Jurídico Tercero in fine concreta el importe de la multa-sanción del siguiente tenor

*“En consideración a estas circunstancias, no concurriendo agravantes ni atenuantes y teniendo en cuenta que el importe neto de las cifras de negocios de Transmediterránea y Europa Ferrys en el año 2010, antes de la aplicación del IVA, suman **418.600.000 €uros**, el Consejo considera proporcionado imponer con carácter solidario a ambas empresas la sanción de **2.093.000 €uros**, cifra que representa el **0,5% del importe máximo**”.*

**4º** Finalmente, la Resolución administrativa en su Fundamento de Derecho Cuarto establece valorativamente que *“no puede dejar de llamar la atención sobre la destacada y trascendente actuación que ha tenido el Director Regional de Transmediterránea y Director de Europa Ferrys, con su negativa a personarse y mantenerse ilocalizable”* *“hechos que podrían ir más allá de la lealtad exigible a*

*un representante leal en defensa del interés de las sociedades que representa” “hechos que a juicio de este Consejo revisten una sustantividad propia (...) como para que sin perjuicio de la responsabilidad de Transmediterránea y Europa Ferrys, declarada y sancionada, **puedan generar en aquél la responsabilidad personal prevista en el artículo 63.2 LDC”.***

En consecuencia, “se insta a la Dirección de Investigación a que valore si la conducta del Director Regional de Transmediterránea y Director de Europa Ferrys pudiera ser constitutiva de una obstrucción a título personal a la labor inspectora, tipificada por el artículo 62.2e) LDC y sancionable conforme al artículo 63.2 de la misma Ley y, en su caso, proceda a la incoación del correspondiente expediente sancionador”.

**SEGUNDO.-** La sentencia dictada por la Ilma. Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en su Fundamento de Derecho Séptimo, in fine, dispone que

*“la CNC ha respetado el principio de culpabilidad que exige que la imposición de la sanción tenga fundamento en la existencia del elemento subjetivo de culpa, para garantizar el principio de responsabilidad (STC 129/2003) habiéndose acreditado su concurrencia, según lo dicho más arriba”.*

*“Ahora bien, ello no justifica sin más la sanción impuesta de 2.093.000 €uros, que aun cuando está comprendido dentro del rango que la propia norma establece, resulta desproporcionada en relación con las circunstancias concretas del caso, considerando esta Sala que la misma **debe atemperarse aplicando el principio de equidad o mitigación del rigor de la misma en relación con el caso concreto, tal y como establece el Artículo 3.3 del Código Civil**, de manera que se produzca un equilibrio entre la infracción cometida y la responsabilidad exigida, considerando en base a ello que **la sanción que procede no es la correspondiente al 0,5% del volumen de negocios total de la empresa, sino el 0,1%”.***

**TERCERO.-** La Sentencia dictada por la Ilma. Sala tiene un Voto Particular Discrepante que concluye diciendo que “**debió estimarse el recurso con anulación de la Resolución impugnada y de la sanción impuesta”** por entender que

- a) En el caso que nos ocupa, las conductas han consistido esencialmente en dilaciones respecto del organigrama solicitado. La dilación no puede calificarse de documento engañoso, incorrecto o incompleto, porque la imputación consiste en que se tardó tres horas en su elaboración.

Por lo tanto, sólo las dilaciones que hacen imposible la inspección u obtener un resultado cierto de ella, pueden ser calificados de obstrucción.

- b) Se trata de dilaciones y no de alteración de datos, que hayan impedido o podían impedir la realización de la inspección.

De hecho, la misma se llevó a efecto concluyéndose en el mismo día.

- c) Solicitar instrucciones a la central de la empresa o solicitar la presencia de un abogado, no puede entenderse como una dilación obstructiva, porque se ejerce un derecho: bien a la defensa o bien se sigue el orden de toma de decisiones de la estructura de la misma.

- d) Las dudas del principio sobre la persona que había de firmar el recibí, se vinculan a la capacidad de decisión de la estructura empresarial; la redacción del organigrama en tres horas no es desproporcionada; ni la presencia del encargado de sistemas en tres horas.

**CUARTO.-** La Sentencia dictada por la Exma. Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, desestima los dos motivos de casación que formula el Abogado del Estado (falta de motivación y vulneración del principio de proporcionalidad).

Y así, en el Fundamento de Derecho Cuarto concluye diciendo

*“De las circunstancias de hecho narradas en la Sentencia de instancia y mencionadas en el fundamento de derecho anterior **se deriva** que la actitud de la empresa sancionada y del personal que intervino durante la inspección, si bien claramente tendente a obstaculizar y retardar la inspección (lo que supone de por sí la intención y la posibilidad de llegar a frustrar la realización de la misma) **no consistió en una negativa frontal** a su realización o **una actitud de claro desafío** a la autoridad de la Comisión reguladora, sino una serie de conductas reveladoras de falta de cooperación o revestidas de argumentos de defensa legal, junto con la **conurrencia de circunstancias adversas** (interrupción de las comunicaciones informáticas, de las que no existe constancia que fuese provocada) que **no merecen una sanción tan elevada** como la impuesta por la citada Comisión Nacional de la Competencia, sino que parece más adecuada la finalmente decidida en la Sentencia. Siendo pues razonable dicha aplicación del principio de proporcionalidad, no procede revisar la ponderación de circunstancias efectuada por la Sala de instancia. Debe desestimarse el motivo”.*

Y en el Fundamento de Derecho Quinto “Conclusión y costas”

*“De conformidad con lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho procede desestimar el recurso de casación. Según lo previsto en el artículo 139.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción, **se imponen las costas a la parte recurrente, hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos legales**”.*

**QUINTO.-** El Director de Competencia, el día 7 de Mayo del 2015 eleva a esta Sala de Competencia un **Informe Final de Vigilancia** de la Resolución administrativa dictada el día 29 de Julio del 2011 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy ambos extintos) en el que propone “*se proceda a dar por finalizada la vigilancia*” por las siguientes consideraciones

**1ª** el día 20 de Abril del 2015, la COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA S.A., ha pagado la sanción y se ha elevado informe a la Audiencia Nacional para que proceda al inmediato levantamiento del aval constituido, a los efectos de suspensión del pago de la sanción que le fuera impuesta.

**2ª** por otra parte, entiende no ha considerado que hubiera indicios suficientes como para incoar expediente sancionador al Director Regional de Trasmediterránea y Director de Europa Ferrys por obstrucción a título personal de la labor inspectora.

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 celebrada en el día de hoy 21 de Mayo del 2015

### **HA ACORDADO**

**ÚNICO.-** Dar por finalizada la Vigilancia de la Resolución administrativa dictada el día 21 de Septiembre del 2011 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy ambos extintos) a la luz de las Sentencias dictadas por la Ilma. Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional el día 1 de Marzo del 2013; y por la Excm. Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el día 26 de Enero del 2015.

Comuníquese este ACUERDO a la Dirección de Competencia y notifíquese fehacientemente a la COMPAÑÍA TRASMEDITERRÁNEA S.A., y a EUROPA FERRYS S.A., 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.