

RESOLUCIÓN (VS/0120/08, TRANSITARIOS)

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 7 de mayo de 2015

LA SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición ut supra, ha dictado este ACUERDO de Vigilancia, en el marco del Expediente Sancionador S/0120/08 TRANSITARIOS, en cumplimiento del mandato de la Sentencia dictada por la Ilma. Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el día 7 de Abril del 2014 Recurso Contencioso-Administrativo 573/2010.

Ha sido Ponente el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia el día 31 de Julio del 2010 dictó una Resolución administrativa, en cuya Parte Dispositiva acordaba

“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 101 del TFUE en los términos descritos en los Fundamentos de Derecho Cuarto, Quinto y Sexto de esta Resolución.

Segundo.- Declarar responsables de esta infracción a (...) TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR S.L. (...).

Quinto.- Imponer una multa de 317.000 euros a TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR S.L.”

El día 4 de Agosto del 2011 fue notificada a *TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR S.L.*, la anterior Resolución, que interpuso Recurso Contencioso-Administrativo ante la Audiencia Nacional, del que conoció la Ilma. Sección Sexta (Recurso 573/2010), en el que solicitaba, entre otros pedimentos, la adopción como medida cautelar de la suspensión de la ejecución de la misma, lo que fue acordado por Auto de 13 de Enero del 2011, condicionada a la aportación de garantía suficiente en forma de aval bancario por el importe de la sanción impuesta, esto es por €uros 317.000, que fue declarada suficiente por Providencia de 28 de Abril del 2011.

SEGUNDO.- La Ilma. Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el día 7 de Abril del 2014 dicto Sentencia en cuya Parte Dispositiva ordenaba

“FALLAMOS

*Que **estimando parcialmente** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Transportes Internacionales Intertir SL., (...)** frente a la **Administración del Estado (...)** sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 31 de julio de 2010, 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.”*

Previamente en el Segundo Fundamento Jurídico establecía que “de los hechos que la Resolución impugnada declara probados, hemos de destacar:

SEGUNDO.- El sector

Dentro del sector del transporte de mercancías, la Dirección de Investigación considera relevante para este expediente el mercado español de la prestación de servicios de actividades transitarias por carretera, es decir de servicios de organización y planificación del transporte de mercancías por terceros o de expedición de carga y, en particular, de aquellos que tienen que ver con el tránsito aduanero o, al menos, con el internacional.

En España, quien se encarga de la organización o planificación de los transportes internacionales y, en todo caso, de aquellos que se efectúen en régimen de tránsito aduanero, son los transitarios, que también pueden realizar dichas funciones en relación con transportes internos, pero sólo en el caso que el transporte suponga la continuación de un transporte internacional cuya gestión se haya encomendado.

Un transitario o empresa transitaria coordina y organiza la totalidad de operaciones de expedición de mercancías con arreglo a las necesidades de su cliente –desde el punto de recogida que éste haya fijado, hasta el punto de destino en el país donde se encuentre– contratando directamente con su cliente todo el transporte, extendiéndose su control sobre las mercancías a todas las fases de su transporte ya sea terrestre, marítimo o aéreo, hasta hacerlas llegar a su destino final. La

demanda de la prestación de servicios transitarios viene constituida por tanto por la totalidad del tejido empresarial e industrial que necesite realizar un servicio regular o puntual de entrega de mercancías en el exterior (...).

(...)

Dentro de la prestación de actividades transitarias por carretera pueden diferenciarse tres segmentos:

- *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.*
- *Carga parcial (carga fraccionada, Part Truck Loads o PTL): transporte de cargas de más de 3.000 kilos pero sin llegar a completar el camión. No son servicios estandarizados y se negocian en términos de servicio y precio con los clientes.*
- *Carga completa (Full Truck Loads o FTL): camiones contratados específicamente para una carga y un destino concreto. Sus precios se negocian individualmente con cada cliente y el servicio es, generalmente, puerta a puerta sin pasar por las instalaciones del transportista.*

***El grupaje** se diferencia de las cargas completas y parciales por razón del precio, así como por estar orientado a necesidades de un tipo específico de clientes, en su mayor parte pequeñas y medianas empresas (124 PCH). Se trata de un servicio que por sus características específicas no es sustituible desde el punto de vista de la demanda por el transporte de cargas parciales o cargas completas, que se rigen con precios “todo incluido”. Dentro del grupaje se diferencian las actividades europeas de las denominadas domésticas, que puede realizar también el transitario en el caso que dicho transporte interno suponga la continuación del transporte internacional que tiene encomendado.*

(...)

*Respecto a la definición geográfica del mercado, las autoridades comunitarias y nacionales de competencia han considerado el mercado del transporte internacional terrestre, así como el de sus actividades auxiliares (entre ellas, las actividades transitarias) **de ámbito nacional** puesto que la elección de los proveedores de servicio de transporte y auxiliares todavía difiere en gran medida de un país a otro, con lo que la presencia e importancia de los proveedores nacionales es un factor relevante.”*

El Fundamento Jurídico Sexto establece, entre otras consideraciones, las siguientes, que citamos a los efectos prevenidos en orden al cumplimiento de la cuantificación definitivamente a imponer:

“(...)

Del contenido anterior, se concluye que la CNC en sus comunicaciones puede aclarar los principios que guían su actuación en aplicación de la Ley, pero ello no implica una habilitación para fijar las sanciones

Por ello, la Sala ha concluido en otros recursos en los que se planteaba el actual problema, que el límite del 10% es el máximo de la sanción que puede imponerse y, no como se ha discutido y a ello hace referencia la respuesta a la cuestión planteada por la Sala; un umbral de nivelación que fija el máximo al que puede ascender la sanción, porque tal interpretación, implica necesariamente que la Ley no ha fijado la escala de sanciones, lo que sería contrario al principio de reserva legal establecido en el Artículo 25 de la Constitución, en los términos examinados.

La única interpretación conforme a la Constitución es admitir que el artículo 63 de la Ley 15/2007 y antes el artículo 10 de la Ley 16/1989 fijan una escala de sanciones y no tan sólo un umbral de nivelación que dejaría huérfana de regulación legal las sanciones aplicables.

En este sentido se expresó la ST de 6 de marzo de 2003 al señalar que no se observa vicio de inconstitucionalidad en el artículo 10 de la Ley 16/1989 pues entendió que tal artículo señalaba el máximo de multa pecuniaria y admitía la posibilidad de una graduación razonada, atendiendo también a los criterios legalmente establecidos.”

TERCERO.- TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR S.L., el día 24 de junio del 2014 aporta un cuadro de la facturación, que ya fuera aportado en su contestación de Junio de 2010 en el expediente principal (en palabras de la Dirección de Competencia) manifestando que:

*“El total de facturación de la Empresa durante el año 2009 (año anterior a la imposición de la sanción) que ha de ser considerado como base para el cálculo de la multa es de **927.405,52 €uros**, cantidad resultante de restar a los **1.032.812,41 €uros** correspondiente al transporte de mercancías iguales o inferiores a 3.000 kg, los **105.406,89 €uros** correspondientes a la facturación de corresponsales o agentes extranjeros ya que, en su opinión, siendo el mercado geográfico nacional, la conducta queda circunscrita a España por lo que no debe computarse la facturación de corresponsales extranjeros”.*

En todo caso, **TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR S.L.**, manifiesta que *“debido a la falta de medios no puede identificar la parte correspondiente a clientes extranjeros no corresponsales, que debería restarse de esta cifra”.*

CUARTO.- La Dirección de Competencia (en el Parágrafo III. Conclusión) propone a esta SALA DE COMPETENCIA *“una multa de **149.218 €uros**”* como resultante de aplicar el porcentaje del 10% sobre el volumen de negocios del año 2009 (año anterior a la fecha de la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia) *“de la actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción, servicios transitarios terrestres en el ámbito del grupaje, con origen en España y destino la UE”*, lo que por simple operación aritmética supone un volumen de **€uros 1.492.180.**

TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR S.L., el día 18 de Diciembre de 2014 presenta escrito de alegaciones, en el que muestra su disconformidad con la citada Propuesta de la Dirección de Competencia, por considerar que el re-cálculo realizado en la misma infringe el tenor literal y el espíritu de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de Abril de 2014, aclarada por Auto de 21 de Julio. Y que se pueden concretar:

1º no se ha tenido en cuenta lo manifestado en la Sentencia, por cuanto como se deduce de ésta, el 10% no actúa como umbral de nivelación, sino como auténtico límite superior de la escala de la sanción a imponer que, en este caso y por tratarse de una infracción muy grave va del 0% al 10% teniendo en cuenta los agravantes y atenuantes.

2º que no habiendo agravantes ni atenuantes la sanción a imponer ha de ser la del 5% sobre el volumen de negocios del 2009 de la actividad económica de la empresa en la que se ha producido la infracción.

3º en cuanto al mercado afectado por la infracción es el del transporte de grupaje, definido en la Resolución (...) y, por tanto, del mercado de la expedición de mercancías por carretera con origen en España y destino en otro país europeo, sin incluir ningún otro de los servicios que presta un transitario.

*En consecuencia, la magnitud a tener en cuenta sería exclusivamente la que figura bajo el epígrafe "portes" **1.032.812,41 Euros**, a la que habría que descontar la facturación emitida a cargos de corresponsales o agentes extranjeros, que asciende a **105.406,89 Euros**, dando un total de **927.405,52 Euros** que es la cifra que debería ser considerada como volumen de negocios sobre el que aplicar el porcentaje que corresponda.*

*4º a la vista de lo anterior considera que estaríamos ante la expresión más leve de infracción, por lo que el porcentaje a aplicar, sin atenuantes ni agravantes, debería estar entre el 0% y el 3.3% (tercio inferior), no debiendo exceder en ningún caso de **30.804,30 Euros**.*

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Son hechos que gozan de certeza indubitada los siguientes:

1º La Sentencia dictada por la Ilma. Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, tantas veces citada, en su Fundamento Jurídico Segundo, in fine, deja establecido que "tanto las autoridades de competencia comunitarias, como las nacionales han considerado el mercado del transporte internacional terrestre, así como sus actividades auxiliares (entre ellas, las actividades transitorias) de ámbito nacional".

2º *TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR S.L.*, concreta como volumen total de negocios, en el mercado afectado por su conducta, durante el año 2009 (el anterior a la imposición de la sanción), para el cálculo de la

imposición de la multa, la cifra de €uros 1.032.812,41, frente al ahora considerado por la Dirección de Competencia que lo cifra en 1.492.180.

Cifra que la empresa entiende debería ser aminorada en la cantidad de €uros 105.406,89 correspondiente a la facturación de corresponsales o agentes extranjeros.

Esta cantidad no ha sido probada, en palabras de la empresa “debido a la falta de medios” por lo que “no puede identificar la parte correspondiente a clientes extranjeros no corresponsales, que debería restarse”.

Obviamente, la falta de probanza que le compete hacer, imposibilita a esta SALA DE COMPETENCIA tener en consideración tal afirmación, a los efectos por ella pretendidos.

3º TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR S.L., en su escrito de alegaciones concluye que, ante la inexistencia de atenuantes y/o agravantes, la sanción a imponer ha de ser la del 5% sobre el volumen de negocios. Si bien con posterioridad, la deja concretada entre el 0 y el 3,3%, sin que pudiera exceder de la cantidad de €uros 30.604,38.

La Dirección de Competencia entiende que la cantidad final de la sanción a imponer sería la de €uros 149.218 esto es, un porcentual del 10%, lo que correspondería a un volumen de negocios de 1.492.180 €uros, frente al 1.032.812,41 concretado por la empresa y que fuera objeto de conocimiento por la Sentencia dictada por la Ilma. Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional y de la que trae causa este Expediente de Vigilancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Esta SALA DE COMPETENCIA es conocedora de la Sentencia dictada por la Excm. Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, el día 29 de Enero del 2015 en el Recurso de Casación 2872/2013, y las posteriores subsiguientes, conformadoras de una doctrina jurisprudencial inequívoca, de aplicación ***erga omnes***.

No obstante lo cual, estamos en presencia de un Expediente de Vigilancia, ***en ejecución de sentencia firme***, dictada con anterioridad, por la Ilma. Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, lo que nos obliga a dar cumplimiento a lo prevenido en los Artículos 521 y 222 de la Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria de la

Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, y ello en armonía con lo dispuesto en los Artículos 118, anteriores y siguientes concordantes de la Constitución Española.

Es decir, la ejecución de la misma debe cumplirse en sus justos términos y atenerse a lo resuelto en todos sus pronunciamientos, dada su firmeza.

SEGUNDO.- En consecuencia procedimental, la Sentencia dictada por la Ilma. Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el día 7 de Abril del 2014, confirma la Resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el día 31 de Julio del 2010, en cuanto a la calificación de la conducta que se le imputa a *TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR S.L.*, **“como muy grave prohibida por el Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, con las consecuencias sancionadoras previstas en el Artículo 62.4.a)”**.

En mérito de lo resuelto en firme, le son de aplicación lo prevenido en los **Artículos 63 Sanciones y Artículo 64 Criterios para la determinación del importe de las sanciones** de la misma Ley 15/2007.

El primero de ellos, **Artículo 63** dispone que **“1. Los órganos competentes podrán imponer (...) las siguientes sanciones: a) las infracciones leves con multa de hasta el 1 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa; b) las infracciones graves con multa de hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa; c) las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.**

A la luz de todo lo anterior y de lo prevenido en el **Artículo 3 del Código Civil** y poniendo en armonía y relación con lo dispuesto en los apartados primero y tercero del citado Artículo 63, podríamos concluir diciendo (abstracción hecha de la existencia o inexistencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad) que:

- a) *el segmento de cuantificación de las infracciones leves se mueve entre el 0,001 y el 1%.*
- b) *el segmento de cuantificación de las infracciones graves se mueve entre el 1,001 y el 5%.*
- c) *y el segmento de cuantificación de las infracciones muy graves se mueve entre el 5,001 y llega hasta el 10%.*

La doctrina jurisprudencial viene interpretando el Artículo 63 (sus intervalos) autorizando en el caso de las conductas calificadas como muy graves la posibilidad que los mismos vayan desde el 0,01% hasta el 10%, **ello siempre atendiendo al principio de proporcionalidad y a la luz de lo prevenido en el Artículo 64**, haciéndolo siempre de forma razonada y motivada. Y ello en orden a que

*“la discrecionalidad que la Ley concede, debe 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**”.*

Así la Audiencia Nacional en la muy reciente Sentencia de 30 de Enero del 2014 Recurso 422/2012 recuerda que

*“constituye un principio esencial del derecho punitivo sancionador español **la división en grados** (mínimo, medio y máximo) **dependiendo de la fijación de la cuantía de la multa en concurrencia o no de circunstancias modificativas de responsabilidad**”.*

Y todo ello, en cumplimiento con lo ordenado en el **Artículo 64 Criterios para la determinación del importe de las sanciones** al decir *“1. El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: **a)** la dimensión y características del mercado afectado por la infracción; **b)** la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; **c)** el alcance de la infracción; **d)** la duración de la infracción; **e)** el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; **f)** los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; y **g)** las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables”.*

TERCERO.- Esta SALA DE COMPETENCIA teniendo en cuenta la totalidad de consideraciones y circunstancias, anteriormente sentadas, entiende ser ajustada a Derecho como cifra final a imponer como sanción la de **€uros 59.687** correspondiente a un porcentual del 4% grado medio del intervalo entre el 0,01% y el 10%, ante la inexistencia de circunstancias atenuantes y/o agravantes modificativas de su responsabilidad. Porcentual que resulta de aplicar el 4% sobre la base para el cálculo de la multa, que en el presente supuesto es la “facturación total de los servicios transitarios, con origen España y destino otro país europeo en el segmento del grupaje”, que coincide con la solicitada por el Consejo de la CNC en su Acuerdo de 20 de mayo de 2010 y aportada por TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR, S.L. en junio de 2010 y que asciende a un total de **€uros 1.492.180**.

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 Ordinaria celebrada el día 7 de mayo de 2015

HA RESUELTO

ÚNICO.- Sancionar a **TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR S.L.**, con una multa de **59.687** euros como responsable de una conducta muy grave del Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, por mandato de lo ordenado por la Ilma. Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 7 de Abril del 2014 Recurso contencioso-administrativo 573/2010.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese fehacientemente a **TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR S.L.**, haciéndole 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 al de su notificación, ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: la Audiencia Nacional.