

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0269/10, TRANSITARIOS 2, empresa BOFILL ARNÁN, S.A.)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 19 de mayo de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/0269/10, TRANSITARIOS 2, cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2016 (recurso 3691/2013) por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de octubre de 2013 (recurso 28/2012) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa BOFILL ARNÁN, S.A. (BOFILL) en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 1 de diciembre de 2011 (Expediente S/0269/10 TRANSITARIOS 2).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 1 de diciembre de 2011, en el expediente S/0269/10 TRANSITARIOS 2, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), acordó:

“PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del TFUE, de la que son responsables solidarias BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.L. y BOFILL ARNÁN, S.A, consistente en la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

SEGUNDO.- *Imponer solidariamente a BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.L. y BOFILL ARNÁN, S.A solidariamente el pago de una multa sancionadora por importe de 1.184.000 euros.*

TERCERO.- *Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución”*

2. Con fecha 5 de diciembre de 2011 les fue notificada a BCN ADUANAS y a BOFILL la citada Resolución contra la que interpusieron recurso contencioso administrativo (29/2012 y 28/2012), solicitando ambas como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 14 de marzo de 2013, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada por BOFILL exclusivamente en cuanto a la multa impuesta condicionada a la aportación de garantía por importe de 1.184.000 €, que fue declarada suficiente por Providencia de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2012.
4. Mediante Sentencia de 24 de Junio de 2013, la Audiencia Nacional estimó parcialmente el recurso (29/2012) interpuesto por BCN ADUANAS contra la Resolución de 1 de diciembre de 2011 en cuanto a la cuantificación de la multa. Contra ella se interpuso recurso de casación.
5. Mediante Sentencia de 14 de octubre de 2013, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó el recurso (28/2012) interpuesto por BOFILL contra la Resolución de 1 de diciembre de 2011, anulando la misma. Contra ella, la Abogacía del Estado interpuso recurso de casación (3691/2013).
6. Con fecha 29 de enero de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación (nº 2872/2013) interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 2013 que estimó parcialmente el recurso interpuesto por BCN ADUANAS, declarando haber lugar al mismo y manteniendo la estimación parcial del recurso, anulando la Resolución sólo en cuanto a la multa y ordenando el recalcule de la sanción.
7. Con fecha 16 de julio de 2015, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó Resolución en ejecución de sentencia resolviendo imponer a BCN ADUANAS la multa de 639.356 euros. BCN ADUANAS solicitó ante la Delegación de Economía y Hacienda de Barcelona el fraccionamiento del pago de dicha sanción que le ha sido concedido.
8. Con fecha 1 de abril de 2016, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de octubre de 2013 que estimó el recurso interpuesto por BOFILL, declarando haber lugar al mismo y estimando en

parte el recurso interpuesto por BOFILL contra la Resolución de 1 de diciembre de 2011, exclusivamente en cuanto a la multa impuesta.

9. Son interesados:

- BOFILL ARNÁN, S.A.
- BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.L.

10. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 19 de mayo de 2016.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial.

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de Junio, de creación de la CNMC, la puesta en funcionamiento de la misma se iniciará a la fecha que al efecto se determine por orden del Ministro de Economía y Competitividad. Mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de Octubre, se determinó el 7 de Octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, “las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]” y “las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de Julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia se entenderán realizadas a las Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico, aprobado mediante RD 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Sobre la ejecución de sentencia del Tribunal Supremo.

Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución de la CNC de 1 de diciembre de 2011, dictada en expediente S/0269/10 TRANSITARIOS 2, impuso una multa de 1.184.000 euros de forma solidaria a BCN ADUANAS y a BOFILL ARNAN. Ambas empresas recurrieron por separado.

El recurso interpuesto por BOFILL fue inicialmente estimado por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 14 de octubre de 2013. La Sala discrepa de la resolución impugnada y considera que *“la neta y rotunda separación de actividades entre BOFILL*

ARNÁN S.A. Y BCN ADUANAS Y TRANSPORTE respecto de los sectores del transporte a los que cada una desarrolla su actividad (aéreo-marítimo) y terrestre respectivamente, impide una comunicación de responsabilidades cuando todo el procedimiento sancionador ha tenido por objeto la responsabilidad contraída en el ámbito del grupaje terrestre (...)". Considera además que la comunicación y los vínculos entre los sectores en los que actúan las dos empresas son insuficientes para justificar una responsabilidad solidaria.

Dicha Sentencia fue recurrida en casación. Mediante Sentencia de 1 de abril de 2016, el Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia Nacional, al considerar que aunque entre BOFILL y BCN Aduanas y Transportes S.A. no existían relaciones de control o jerarquía, ambas sociedades formaban una unidad económica o grupo empresarial, y como tal actuaron en la comisión de las infracciones. El capital social de ambas pertenecía en la misma proporción a las mismas personas, y las dos sociedades estaban gobernadas por el mismo Director General, que intervino en las reuniones, concurriendo por tanto los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria para la imputación de responsabilidad solidaria a BOFILL.

Tras casar la sentencia de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo entró a conocer del recurso interpuesto por BOFILL y resolvió estimar parcialmente el recurso interpuesto en el único extremo relativo a la determinación de la multa impuesta, ordenando su recálculo.

La Sentencia del Tribunal Supremo, en su Fundamento de Derecho Quinto señala lo siguiente:

(...) Procede, por tanto, la estimación parcial del recurso contencioso administrativo en el extremo del cálculo del importe de la multa, al ser contrarios a derecho los criterios de cuantificación aplicados por la CNC, manteniendo en esta sentencia nuestros anteriores pronunciamientos sobre la forma de cálculo de la multa, de conformidad con la interpretación de los artículos 63 y 64 LDC que efectuamos en la sentencia de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2013), de la que resulta responsable solidaria la recurrente Bofill Arnán S.A junto con la empresa BCN Aduanas y Transportes S.A., que fue parte en el citado recurso de casación 2872/2013.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción.

Como se ha señalado, la empresa BCN ADUANAS, responsable solidaria de la multa impuesta en la Resolución 1 de diciembre de 2011 junto con BOFILL, ha sido sancionada mediante resolución en ejecución de sentencia (recalculo de multa derivada de la STS de 29 de enero de 2015) con una multa de 639.356 euros en sustitución del importe inicialmente impuesto.

Según lo recogido en el Fundamento Séptimo de dicha Resolución, el Consejo de la CNC para el cálculo de la multa, tuvo en consideración únicamente los volúmenes de negocio aportados por BCN ADUANAS, puesto que BOFILL no tenía facturación en el ámbito del grupaje terrestre, motivando la determinación de la multa de la siguiente manera:

(...) Dado que a BCN y BOFILL ARNÁN se les imputa la misma conducta por la que se ha sancionado a otras empresas en el S/0120/08, procede tener en cuenta los mismos criterios que allí se aplicaron para el cálculo de la sanción.

Para el cálculo del importe básico de la sanción procede tomar el volumen de facturación de estas empresas en el ámbito de los servicios transitorios terrestres en el ámbito del grupaje (cargas inferiores a 3.000Kg) con origen en España y destino la UE durante el periodo objeto de la infracción.

A este respecto, se toma como base la información aportada por BCN en el informe de procedimientos acordados realizado por empresa auditora que contiene el desglose de su facturación en los años 2001 a 2008. Se ha tenido en cuenta la facturación por las operaciones de Transporte terrestre con origen en España y destino la Unión Europea, de menos de 3,000 Kg. o sin peso.

En el caso de BOFILL ARNAN S.A., el Consejo asume que no realiza facturación en el ámbito del grupaje terrestre. Por ello, no se ha considerado necesario practicar la prueba propuesta por la parte consiste en realizar una revisión de su contabilidad para confirmarlo.

Por tanto, los volúmenes de facturación considerados para el cálculo del importe de la sanción son los siguientes.

2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
1.639.453 €	2.473.492 €	2.993.811 €	3.919.284 €	4.072.164 €	4.453.713 €	4.756.889 €	3.935.920 €

Atendiendo a la naturaleza muy grave de la infracción, se ha aplicado a estos importes un porcentaje del 10%, ponderando en función de los años como ya se hiciera en el expediente S/0120/08 TRANSITARIOS. De ello resulta una sanción por importe de 1.184.000 euros.

De acuerdo con lo señalado, y en la medida en que la determinación de la multa que fue única y se impuso solidariamente a BCN ADUANAS y a BOFILL, solo tuvo en cuenta, tanto en la resolución inicial como en la de ejecución de sentencia relativa a BCN ADUANAS, la facturación en el mercado afectado de ésta última, esta Sala considera que en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2016, BOFILL debe responder de forma solidaria del importe de la multa determinada en la Resolución de ejecución de sentencia dictada por la Sala de Competencia el 16 de julio de 2015, en la que se impuso a BCN ADUANAS la sanción de 639.356 euros.

En consecuencia, de dicho importe, en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2016, deberá responder, solidariamente con BCN ADUANAS, la empresa BOFILL.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Declarar que BOFILL ARNÁN, S.A., en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2016 (recurso 3691/2013), es responsable solidaria de la sanción impuesta a BCN ADUANAS Y TRANSPORTES S.L., en la Resolución dictada por la Sala de Competencia el 16 de julio de 2015, por importe de 639.356 euros.

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a las partes interesadas haciéndoles saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio.