

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ

SENTENCIA N°:

Fecha de Deliberación: 18/06/2013
Fecha Sentencia: 24/06/2013
Núm. de Recurso: 0000029/2012
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 00866/2012
Materia Recurso: SANCIÓN
Recursos Acumulados:
Fecha Casación:
Ponente Ilma. Sra. : D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

Demandante: BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.A
Procurador: D. FRANCISCO MIGUEL VELASCO MUÑOZ-CUELLAR
Letrado:
Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado:

Abogado Del Estado

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA PARCIAL

Breve Resumen de la Sentencia:

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección SEXTA

Núm. de Recurso: 0000029/2012
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 00866/2012
Demandante: BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.A
Procurador: D. FRANCISCO MIGUEL VELASCO MUÑOZ-CUELLAR
Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

SENTENCIA N^o:

Ilmos/as. Sres/Sras.:

Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Magistrados:

D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a veinticuatro de junio de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **BCN Aduanas y Transportes, S.A.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o Francisco Miguel Velasco Muñoz Cuellar, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 1 de diciembre de 2011**, relativa sanción y la cuantía del presente recurso 1.184.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por BCN Aduanas y Transportes, S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o Francisco Miguel Velasco Muñoz Cuellar, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 1 de diciembre de 2011, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, denegada la unión de los documentos del expediente de transitorios 1 y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día dieciocho de junio de dos mil trece.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 1 de diciembre de 2011, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 1.184.000 euros por resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 15 /2007 de 17 de julio de Defensa.

SEGUNDO: La Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos declara en su parte dispositiva, en lo que ahora interesa:

“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.”

TERCERO: Los hechos que la CNC declara probados, que la Sala acoge como tales y que no han sido desvirtuados, en cuanto son especialmente relevantes, son los siguientes:

“En España, los transitarios son quienes se encargan de la organización o planificación de los transportes internacionales y, en todo caso, de aquellos que se efectúen en régimen de tránsito aduanero. 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 le 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 éste 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.

Para facilitar la agrupación o desagrupación de mercancías, el transitario suele contar con almacenes, propios o subcontratados, los cuales utiliza para recibir las mercancías, agruparlas por destinos y remitirlas a sus destinatarios, asesorando a su cliente sobre aspectos tales como embalaje, trámites y documentación.

Tan sólo grandes grupos integrados globales cuentan con medios propios de transporte, dado el coste que ello representa. Por lo que al transporte por carretera se refiere, los servicios de transporte se contratan a terceros, ya sean empresas de transporte, ya transportistas autónomos, siendo habitual que un mismo transportista preste sus servicios a varios transitarios.

Dos son los canales a través de los cuales un transitario obtiene la petición del servicio u “orden de carga”:

– Por parte de un exportador español que venda en condiciones DDU (Delivery Duty Unpaid) o CIF (Cost, Insurance and Freight) que paga el flete, estableciéndose una relación directa entre cliente y transitario mediante un contrato privado de transporte de mercancías, facturando el transitario todo el servicio al cliente que envía la mercancía.

– Por parte del agente o corresponsal extranjero del transitario, para el caso de que el exportador/proveedor español venda en condiciones ex fábrica. En este caso, el precio del transporte se paga en destino en el país europeo donde tenga

su residencia el destinatario de la mercancía. El transitario recibe la orden de carga de su agente o corresponsal extranjero, que a su vez ha confeccionado el contrato de transporte con su cliente en su país, facturando el transitario a dicho agente la parte del servicio que efectúa.

Dentro de la prestación de actividades transitorias 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...

2. BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.A.

BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.A. (desde ahora, BCN) es una empresa española que inició sus actividades el 9 de noviembre de 1984, con CIF A08952012, domiciliada en Avenida dels Ports d’Europ, 72-80 en la Zona de Actividades Logísticas (ZAL) del Puerto de Barcelona. De acuerdo con información pública, su teléfono es el 93 600 0500 y su fax el 93 600 0595. Su página web es www.bofill-arnan.com y su correo electrónico corporativo xxx, coincidentes con los BOFILL ARNÁN, S.A.

BCN tiene delegaciones en Irún, La Jonquera y Alicante y no es accionista ni socia de ninguna otra sociedad. En cuanto a su estructura de propiedad, BCN cuenta con un capital social suscrito y desembolsado de 360.600 euros, detentado por las siguientes sociedades en la proporción indicada: ALBERT ARNÁN, S.A. (42,5%), CONRAD BOFILL & CIA, S.A. (20%), así como por dos personas físicas titulares, respectivamente, del 30% y 7,5% de dicho capital (folios 906 y 907, 948, 949 y 1231).

De acuerdo con la información obtenida del Registro Mercantil (folio 1160), BCN tiene por objeto social la organización especializada del transporte internacional de mercancías, por cualquier medio y en cualquier modalidad. Conforme lo indicado por BCN, su objeto social “es transitario terrestre y operador logístico (explotación de almacenes)”, así como “transportista nacional y europeo”, no actuando en la expedición de carga a escala doméstica.

BCN ha aportado junto a sus alegaciones a la Propuesta de Resolución un “informe de procedimientos acordados” elaborado por un tercero sobre el desglose de su facturación durante los años 2000 a 2008 (folios 2074-2083). Dicho informe confirma que esta empresa realiza la mayor parte de su facturación en el negocio transitario terrestre. En respuesta al requerimiento de información de la DI manifiesta que en 2010 realizó una facturación total de [CONFIDENCIAL] (folio 1626).”

Continúa la Resolución impugnada:

“4. El denominado “Grupo Bofill Arnán”

BOFILL ARNÁN y BCN comparten el mismo accionariado, la misma sede, la misma composición de sus órganos de administración y han tenido durante el periodo objeto de investigación a la misma persona ejerciendo las funciones de Director General, el Sr. xxx (folios 907-908).

Consta en el expediente copia del contenido de la página web oficial que comparten (www.bofill-arnan.es) impresa el 28 de diciembre de 2010 (folios 1648 a 1656) en la que se presentan como BOFILL ARNAN, LOGÍSTICA INTERNACIONAL, “una organización al servicio de su empresa”, dando hacia el exterior una imagen de grupo capaz de prestar al cliente servicios de Aduanas, Aéreo, Logística, Marítimo y Terrestre. A la hora de describir las actividades “Terrestres” de la organización se indica lo siguiente:

“Formando parte del Grupo BOFILL & ARNAN, BCN Aduanas y Transportes es el operador logístico de transporte de mercancías por carretera, tanto a nivel internacional como nacional.

A través de una extensa red de corresponsales presentes en más de 30 países y mediante nuestros servicios de grupaje, cargas completas, paquetería y express, ofrecemos todo tipo de soluciones a las necesidades logísticas de nuestros clientes [...]”.

Los departamentos de Aduanas y Logística se presentan en dicha WEB como comunes a los diferentes tipos de negocio transitario: aéreo, marítimo y terrestre.

Es BOFILL Y ARNAN S.A. quien participa como miembro en las asociaciones del sector. En particular, en el Directorio de Asociados que aparece en la página WEB de ATEIA Barcelona (<http://www.bcn.ateia.com>) aparece como miembro la empresa BOFILL Y ARNAN S.A. y como persona de contacto su Director General, el Sr. xxx, persona que asistía también a las reuniones del Grupo de transitarios (ver HP 6).”

Respecto de las reuniones:

“Desde el año 2000 se institucionalizaron entre una serie de empresas transitarías la celebración regular de reuniones para hablar de temas de interés común. En particular, estaban convocadas y asistían regularmente a estas reuniones del llamado “Grupo” de transitarios, además del GRUPO BOFILL & ARNÁN LOGÍSTICA INTERNACIONAL, las siguientes: ABX LOGISTICS ESPAÑA, S.A. (actualmente denominada, DSV AIR & SEA, S.A.), BLUE WATER SHIPPING ESPAÑA, S.A, DHL EXPRESS BARCELONA SPAIN, S.A., RHENUS LOGISTICS, S.A., SALVAT LOGÍSTICA, S.A., SPAIN-TIR TRANSPORTES INTERNACIONALES, S.A., TRANSNATUR, S.A. y TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR, S.L.

En cuanto a las reuniones celebradas, ha quedado acreditada la celebración de, al menos, 42 reuniones mantenidas por el Grupo desde el año 2000 hasta el año 2008 (S/0120/08 TRANSITARIOS):

- Ejercicio 2000: 3 de octubre y 15 de diciembre de 2000.*

- Ejercicio 2001: 21 de febrero, 2 de marzo, 31 de mayo y 13 de noviembre de 2001.
- Ejercicio 2002: 14 de noviembre de 2002.
- Ejercicio 2003: 26 de marzo, 26 de mayo, 11 y 26 de junio, 16 de julio, 30 de septiembre y 11 de noviembre de 2003.
- Ejercicio 2004: 4 de febrero, 7 de abril, 3 de junio, 13 de septiembre y 13 de diciembre de 2004.
- Ejercicio 2005: 3 de marzo, 28 de abril, 13 de julio, 14 de septiembre y 16 de noviembre de 2005.
- Ejercicio 2006: 25 de enero, 1 de marzo, 27 de abril, 15 de mayo, 13 y 29 de junio, 4 de septiembre, 28 de noviembre y 7 de diciembre de 2006.
- Ejercicio 2007: 15 de febrero, 18 de abril, 3 de julio, 4 de septiembre, 3 de octubre y 18 de diciembre de 2007.
- Ejercicio 2008: 23 de enero, 15 de febrero y 27 de mayo de 2008. Ha quedado acreditada la desconvocatoria de una reunión prevista para el 3 de diciembre de 2008, convocada por RAMINTER y que debía haber tenido lugar en el Hotel xxx (HP TERCERO de la Resolución de 31 de julio de 2010)

Respecto del funcionamiento de las reuniones, en una primera instancia, el medio de convocatoria empleado fue el fax, mediante invitación individual dirigida por la Presidencia de SPT al resto de directivos de las empresas participantes en el cártel. A partir de marzo de 2003 el medio empleado fue el correo electrónico, enviando un e-mail dicha Presidencia de SPT a la totalidad de los integrantes del Grupo, quienes por lo general empleaban dicho medio confirmando o no su asistencia. También será el correo electrónico el medio habitualmente empleado para comunicarse o trasladarse documentación entre los miembros del Grupo, lo cual no implica que este medio de comunicación fuera el único entre empresas.

El lugar habitual de celebración de las reuniones era la sede de SPT, salvo en aquellas ocasiones en que éstas fueran convocadas por otras empresas del Grupo, en cuyo caso tuvieron lugar en sus respectivas sedes.

Del análisis del Orden del día de las diferentes reuniones se deduce que se trataban temas de interés para el negocio transitorio internacional en general, no necesariamente limitados al negocio transitorio terrestre. En particular, se observa que fueron objeto de debate temas como los siguientes:

- Salón Internacional de la Logística (folios 243, 665, 667)
- Temas relacionados con aeropuertos y seguridad aérea (folios 77 y 78)
- Temas relacionados con el negocio transitorio marítimo y aéreo (folios 51, 388, 546, 550 y 665)
- Plan de Regulación y Ordenación de Acceso al Transporte vinculado al Port de Barcelona (PROATRANS) (folios 48, 289, 535)

Con frecuencia se trataban temas relacionados con el convenio colectivo de transitorios y aduanas (Folios 44, 77-78, 100, 135, 138, 154-157, 381-385, 398, 417, 550, 566, 580-584). De hecho, consta un correo de 7 de septiembre de 2006 que el representante de SALVAT envía al resto de miembros del Grupo en el que se dice (folio 154 y ss):...

6. Participación en las reuniones y acuerdos

Durante todo el periodo, el Director General de BCN y de B&A fue convocado a estas reuniones regularmente y participaba con asiduidad en las mismas.

El Sr. xxx se comunicaba con el resto de miembros del Grupo desde su correo corporativo (xxx). En los tomos I, II, y III de este expediente constan numerosos correos que así lo atestiguan. En particular, constituyen prueba de ello los folios 81, 216, 250, 265, 413, 419, 438, 486, 510-512, 524-525, 553, 646-647, 670, 681, 693, 779, 791, 868-869.

En estas reuniones y contactos en los que el Sr. xxx participó, las empresas coordinaron sus estrategias competitivas en relación con materias comercialmente sensibles. En particular:

- Reunión de 3 de octubre de 2000, en la que se acordó incrementar las tarifas en función de IPC a partir de principios de 2001, fijándose una horquilla de subidas de precio en función del IPC comprendida entre un 2,5% y un 3%, y repercutir de forma automática y trimestralmente el incremento por la subida del coste del carburante a los clientes con menor poder de negociación en el ámbito de sus actividades de grupaje, fijándose un recargo por incremento del coste de combustible, de entre un 5% y 8%, que se reflejaría en las facturas como un concepto independiente.

- Reunión de 14 de noviembre de 2002, en la que se acordó el incremento de tarifas para el ejercicio siguiente, tomando como referencia el IPC, y el establecimiento de un recargo por el peaje en Alemania (folio 5153).

- Reunión de 26 de marzo de 2003, en la que se valoró el grado de aceptación del incremento general de tarifas (en adelante IGT) de 2003 acordado en la reunión de 14 de noviembre de 2002 y en cuanto al ICC, se decidió esperar a observar la evolución del precio del carburante, aplazándose la adopción de un acuerdo sobre este tema para la siguiente reunión (folio 310-311).

- Reunión de 11 de noviembre de 2003, en la que se acordó el IGT a aplicar a en 2004 (entre un 2,5% y un 2,9%), la fecha en la que dicho incremento se iba a comunicar a los clientes de las empresas participantes en el cártel y la fecha efectiva de su aplicación, acordando los miembros del Grupo intercambiarse los escritos informando a sus clientes del IGT-2004 pactado. En cuanto al MAUT, se acordó dejar en suspenso el tema, puesto que la entrada en vigor de dicha tasa se estaba dilatando en el tiempo (folios 333-4, 455).

- Reunión de 4 de febrero de 2004, en la que se valoró el IGT-2004 y se acordó respecto al MAUT remitirse los escritos que en su momento se enviaran al afecto a sus clientes (folios 336 a 342, 457).

- Reunión de 3 de junio de 2004, en la que se acordó respecto al Incremento del Coste del Carburante (ICC) esperar la evolución del precio del carburante (folios 50, 386-396).

- Reunión de 13 de septiembre de 2004, en la que se valoró la evolución de los costes del combustible a escala nacional e internacional, llegándose al acuerdo de introducir un ICC de entre un 2,5% a un 3,5% a partir del 1 de octubre de 2004, así como intercambiar las cartas que se remitirían a los clientes informando sobre dicho incremento (folios 97, 99, 397-401, 459-461).

- Reunión de 13 de diciembre de 2004, en la que se acordó respecto al ICC el incremento en enero de 2005, una horquilla de incremento de tarifas para 2005, en función del IPC previsto, de entre un 3,4% y un 3,6%, aplicable a partir del 1 de febrero o 1 de marzo de 2005 y remitir a los clientes una carta requiriéndoles el pago del tasa por el Gobierno alemán por el paso de vehículos pesados por sus

autopistas (desde ahora, MAUT) desde el 1 de enero de 2005 (folios 73-75, 407-413, 427, 462-465). Así, consta en el expediente el correo electrónico remitido por el Director General de B&A y BCN a las demás empresas del cártel el 22 de diciembre de 2004 (folios 413 a 415), adjuntando el escrito que remitirían a sus clientes, con pie de firma "Cordialmente BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.A. (Grupo Bofill & Arnán Logística Internacional)" del que se resalta el siguiente párrafo al contener lo acordado en la citada reunión:

"Les comunicamos que estudiada la actuación de tarifas para el próximo año 2005, y siendo la tasa de variación interanual del índice de precios al consumo (IPC) de los últimos 12 meses del 3,5%, hemos concluido aplicarles un aumento del 3% para todas nuestras tarifas en vigor. Este aumento tarifario anual será de aplicación a partir del próximo 15 de Enero de 2005.

Como continuación a nuestra circular de fecha 7 de Julio 2003 y en relación a las Tasas de Peaje en Alemania, les recordamos que a partir de Enero de 2005 el gobierno alemán aplicará el sistema de Peaje (MAUT) para todas las mercancías que circulen por el país, tanto de entrada y salida como en tránsito para/desde terceros países (Escandinavos, Bálticos, del Este, ...) tasa que estimamos en el 4,50% sobre el flete y que facturaremos en concepto aparte para que quede completamente identificado.

De la misma manera, Suiza incrementará la actual Tasa de Peaje, repercutiéndoles su incremento sobre la tarifa actual existente, en cuanto el mencionado incremento se haga público [...]"

- Reunión de 3 de marzo de 2005, en la que se acordó que el ICC se mantendría al mismo nivel, ya que se decidió aumentar el IGT. En esta reunión comenzó a valorarse por el Grupo la oportunidad de mantener un pacto de no captación de personal sus miembros (folios 427-431).

- Reunión de 28 de abril de 2005, en la que se acordó no tantear y/o contratar empleados de otras empresas del cártel sin el previo consentimiento de la empresa en la que estuviera empleado el trabajador en cuestión (folios 433-454, 273).

- Reunión de 13 de julio de 2005, en la que se incidió en que debía respetarse el acuerdo de no quitarse trabajadores entre las empresas del cártel (folios 275, 466-472).

- Si bien consta que el Director General de BOFILL ARNÁN y BCN no asistió a la reunión de 14 de septiembre de 2005, en la que se acordó una horquilla entre el 3,5% y 3,9% por ICC a partir del 1 de octubre de 2005 y un aumento del IGT para el ejercicio 2006 igual al IPC, circulándose las cartas que al efecto remitirían a sus clientes (folios 79-80, 84, 86, 89, 90-96, 488-490), consta en el expediente un correo electrónico de 8 de septiembre de 2005 enviado por el citado Director General de B&A y BCN a las demás empresas del cártel, excusando su asistencia y señalando que contactaría posteriormente para ser informado de lo acordado y así poder poner en marcha lo que se hubiera decidido por el cártel (folios 486 y 487):

"Amigos y colegas, No podré en esta ocasión asistir, por coincidir en horario con un asunto judicial. Teniendo en cuenta la importancia del tema principal, estaré en contacto con vosotros posteriormente para que me informéis de la reunión y poder poner en marcha lo que se haya decidido."

Así, consta también en el expediente el correo electrónico enviado el 29 de septiembre de 2005 por el Director General de B&A y BCN a las demás empresas del cártel adjuntando la carta del anuncio del incremento, como se había acordado en la citada reunión (folios 81 a 83 y 510 a 512):

"[...] Adjunto archivo con la carta del anuncio del incremento, que por temas informáticos empezaremos a aplicar el 15 de Octubre, y que ya se está remitiendo a los clientes".

El citado archivo adjunto es una carta tipo, con pie de firma "Cordialmente, BCN ADUANAS Y TRANSPORTES / GRUPO BOFILL ARNAN Departamento Comercial", en la que se indica lo siguiente:

"Es de conocimiento generalizado la escalada incontrolada del precio de los carburantes que se ha ido produciendo desde septiembre 2004 hasta la fecha, el aumento alcanza el 23,41%.

De este incremento, que incide muy directamente en el precio de los transportes les adjuntamos a título informativo gráfico que recoge los datos, así como escrito de la Federación Española de Transitarios.

Ante tal situación, nos vemos en la obligación de repercutir en nuestras facturas el incremento del costo del gasóleo hasta la fecha, que hemos cifrado en un 3,50% y que se aplicará a partir del próximo 15 de Octubre 2005.

Este incremento se sumará al que ya aplicamos desde Octubre 2004 y que recogía el incremento del coste del gasóleo hasta la indicada fecha, la suma del porcentaje total lo facturaremos en concepto aparte como hasta la fecha, siendo el mismo revisado periódicamente dependiendo de las oscilaciones del combustible, tanto al alza como a la baja cuando éstas supongan desviaciones de (+/-) un 10%.

Se trata de una medida excepcional en nuestra empresa el modificar los acuerdos tarifarios fuera del periodo de las habituales negociaciones anuales, pero la situación que se ha ido produciendo no nos ha dejado otra alternativa que reajustar los precios a las realidades de los costes actuales [...]".

- Reunión de 16 de noviembre de 2005, en la que se acordó que el ICC seguiría identificándose como una cuota separada no incluida en la tarifa general, acordándose un IGT-2006 con incremento entre un 3,2% y 3,5% a aplicar a partir del 15 de enero de 2006, así como que el intercambio de cartas o circulares-tipo a remitir a los clientes se haría entre el 10 y el 15 de diciembre de 2005 (folios 289, 535-541, 818). Consta en el expediente correo electrónico de 23 de diciembre de 2005 (folios 524 y 525), enviado por el Director General de B&A y BCN a las demás empresas del cártel, adjuntando el modelo de carta a remitir a sus clientes, indicando literalmente lo siguiente:

"Amigos, Adjunto archivo con el modelo de carta que durante esta semana se está remitiendo a los clientes (...)".

En el mencionado modelo de carta adjunto, fechado en "Barcelona, 15 de Diciembre 2005" y con pie de firma "Departamento Comercial BCN ADUANAS Y TRANSPORTES, S.A. Grupo Bofill & Arnán (Logística Internacional)", se indicaba lo siguiente:

"Les comunicamos que estudiada la actualización de tarifas para el próximo año 2006, y siendo la tasa de variación interanual del índice de precios al consumo (IPC) de los últimos 12 meses próxima al 4%, hemos concluido

aplicarles un aumento del 3% para todas nuestras tarifas en vigor. Este aumento tarifario anual será de aplicación a partir del próximo 1 de Febrero de 2006.”

- Reunión de 1 de marzo de 2006, en la que se acordó que las subidas por IPC se repercutirían como cada año, contemplándose añadir el ICC cuando procediera para hacer un solo recargo (folios 291, 542-545).

- Reunión de 13 de junio de 2006, en la que se incidió en no contratar empleados de empresas del cártel sin autorización de la empresa en cuestión (folios 29, 135, 560, 565).

- Reunión de 4 de septiembre de 2006, en la que se acordó no incrementar el ICC, pactándose por lo que respecta al IGT que todos aplicarían un incremento conforme al IPC de noviembre, acordándose circular las cartas a enviar a sus clientes informándoles de este último aumento de precios (folios 143-144, 154, 570-579, 822-823).

- Reunión 28 de noviembre de 2006, en la que se acordó incrementar las tarifas en función de IPC a partir del 1 de enero de 2007 y mantener el ICC (folios 48, 158, 207-224, 585, 754-755, 796).

- Reunión de 3 de octubre de 2007, en la que se acordó no subir las tarifas por ICC, si bien se acordó incrementar las mismas en función del IPC y en cuanto a la captación de empleados, no emplear personas pertenecientes a empresas del cártel y en el caso de que alguna de ellas estuviese interesada en contratar a algún empleado de otra empresa del cártel, se consultaría a los directivos de dicha empresa la conveniencia o no de dicha contratación (folios 78, 248-259, 293, 676-693, 778-783, 797-806, 875-880).

- Reunión de 18 de diciembre de 2007, en la que se acordó un incremento de las tarifas para 2008 del 4,1% para el transporte de carga fraccionada y del 2,05% para el transporte de carga completa, insistiéndose en el tema del acuerdo alcanzado en materia de captación de empleados (folios 77, 260-265, 294-299, 694-702, 784-791, 881).

- Consta acreditado que el Sr. xxx fue convocado por SPT a todas las reuniones del Grupo de las que se tiene constancia en 2008 (folios 266, 300-306, 703-707, 792-795, 267-272, 307, 708-710, 807, 888).

En definitiva, el Sr. xxx participó asiduamente en las reuniones y en el intercambio de cartas y circulares a los clientes que las empresas del cártel realizaban entre ellas para facilitar el seguimiento de los acuerdos adoptados. En el caso del Grupo BOFILL ARNAN las cartas se enviaban a los clientes de BCN y siempre iban firmadas como “BCN/Grupo BOFILL ARNAN”.

CUARTO: Se alega indefensión en cuanto no se ha permitido a la recurrente acceder a los documentos del expediente transitorios 1. Ahora bien, ante la petición de la recurrente para que dicho expediente se incorporase a la prueba de este recurso, se requirió por Sala la identificación de los documentos que habrían de incorporarse, y posteriormente las razones por las que la actora consideraba necesaria dicha incorporación. Pues bien, una alegación genérica de posible existencia de documentos de descargo en dicho expediente no justifica su incorporación, más aún, cuando la recurrente ha podido aportar las pruebas de descargo que tuviese en su poder. Por otra parte, la CNC no se apoya en ningún documento no aportado al expediente para fundar la imputación. No existe una

base fáctica para justificar la aportación de un expediente ajeno al presente recurso, ni puede apreciarse indefensión por su no incorporación, pues no existe indicio alguno del que resulte que podrían existir en el expediente transitorios 1 documentos que afecten a la responsabilidad de la actora.

Respecto al procedimiento de clemencia, el artículo 66 de la Ley 15/2007 establece:

“1. La Comisión Nacional de la Competencia podrá reducir el importe de la multa correspondiente en relación con aquellas empresas o personas físicas que, sin reunir los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo anterior:

a) faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la Comisión Nacional de la Competencia, y

b) cumplan los requisitos establecidos en las letras a), b) y c) del apartado 2 del artículo anterior.

2. El nivel de reducción del importe de la multa se calculará atendiendo a la siguiente regla:

a) La primera empresa o persona física que cumpla lo establecido en el apartado anterior, podrá beneficiarse de una reducción de entre el 30 y el 50 por ciento.

b) La segunda empresa o persona física podrá beneficiarse de una reducción de entre el 20 y el 30 por ciento.

c) Las sucesivas empresas o personas físicas podrán beneficiarse de una reducción de hasta el 20 por ciento del importe de la multa.

3. La aportación por parte de una empresa o persona física de elementos de prueba que permitan establecer hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa será tomada en cuenta por la Comisión Nacional de la Competencia al determinar el importe de la multa correspondiente a dicha empresa o persona física.

4. La reducción del importe de la multa correspondiente a una empresa será aplicable, en el mismo porcentaje, a la multa que pudiera imponerse a sus representantes o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre que hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia.”

Esta regulación no implica que la recurrente deba ser llamada a un proceso sancionador antes de que existan indicios frente a ella, y el expediente anterior incoado a otras entidades no le impide acogerse a este precepto porque la existencia de un previo expediente no le impide aportar elementos relevantes para la investigación del nuevo expediente. En este sentido en nuestra sentencia de 7 de marzo de 2013, recurso 535/2010, decíamos:

“El Tribunal General en su sentencia de 28 de abril de 2010 en relación con la cooperación de una empresa con la autoridad de competencia, y la apreciación de dicha cooperación como circunstancia atenuante, señaló lo siguiente:

1-. Valora el contenido de la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación.

2-. *En esta Comunicación se reconoce la procedencia de reducir del 10 al 50% el importe de la multa que se le habría impuesto a la empresa a falta de cooperación cuando " antes del envío del pliego de cargos una empresa facilite a la Comisión información, documentos u otros elementos de prueba que contribuyan a confirmar la existencia de la infracción", y cuando " tras recibir el pliego de cargos, una empresa informe a la Comisión de que no pone en duda la veracidad de los hechos sobre los que la Comisión funda sus acusaciones."*

3-. *En aquel caso la Comisión reconoció la cooperación porque "BST aportó a la Comisión elementos de prueba que le ayudaron considerablemente a demostrar las infracciones y le permitieron probarlas más fácilmente. También se cita a BTS en el pliego de cargos como una fuente importante para las conclusiones fácticas alcanzadas por la Comisión" Igualmente porque , "tras recibir el pliego de cargos, la demandante le informó de que no negaba la materialidad de los hechos en los que basó sus acusaciones".*

4-. *La autoridad de defensa de la competencia dispone de una amplia facultad de apreciación a la hora de valorar la relevancia y utilidad de la cooperación prestada por una empresa, en especial en comparación con las contribuciones de otras empresas (sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2007, SGL Carbón/Comisión, C-328/05 P, Rec. p. I-3921, apartado 88)*

5-. *El Tribunal considera que la Comisión realizó una apreciación errónea de la cooperación, y que debe en consecuencia fijarse un tipo de reducción apropiado."*

Esta amplia facultad de la DI posibilita la aportación de información relevante por la actora, aún cuando existiese un procedimiento sancionador anterior en el que no era parte.

QUINTO: Previamente a la calificación jurídica de la conducta hemos de examinar dos cuestiones, la relativa a la valoración de la prueba y la prueba de indicios.

Pues bien, valorando la prueba en su conjunto, tanto los documentos como la operativa de las actuaciones, se llega, sin duda, a la conclusión de que el relato fáctico anterior ha quedado plenamente probado.

En cuanto a la prueba de indicios, es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998\7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

Pues bien, todos los elementos fácticos señalados, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan.

En cuanto al principio de observancia de actos propios, una variación en la calificación jurídica sobre la existencia de un grupo de empresas, no puede entenderse que vulnera dicho principio, pues ello deriva de los distintos elementos que se incorporan al expediente. Tampoco podemos admitir que se haya producido una aplicación retroactiva de norma sancionadora más desfavorable, y ello porque las conductas sancionadas son idénticas en la Ley 16/1989 y Ley 15/2007, lo cual no podría ser de otra manera puesto que la definición de tales conductas se contiene en Derecho Europeo. Tampoco existe variación en la sanción.

El cártel no es una figura creada por la Ley 15/2007, ya que consiste en un acuerdo formal entre empresas del mismo sector, cuyo fin es reducir o eliminar la competencia en un determinado mercado, y tales acuerdos estaban anteriormente sancionados en la Ley 16/1989. El cártel no es más que un tipo de acuerdo anticompetitivo entre empresas caracterizado porque las empresas operan en el mismo sector.

Veamos la regulación legal aplicable:

El artículo 1 de la Ley 15/2007:

“1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

a. La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

b. La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

c. El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

d. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.”

El artículo 1 de la Ley 16/1989 disponía:

“1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.”

De los hechos relatados resulta la existencia de acuerdos, que han consistido, intercambio de información y de opiniones y a la adopción de estrategias comunes sobre aspectos comerciales sensibles. No se trata de un mero intercambio de información como conducta autónoma, como algunas de las partes alegan. Se ha producido un diseño de la estrategia de repercusión de costes y sobre cómo comportarse en el mercado con sus clientes respecto a una variable fundamental, el precio. Se han coordinado sobre si iban a subir tarifas, cuándo y en qué orden de magnitud. Las empresas imputadas han pretendido y conseguido reducir la incertidumbre a la que se enfrentan sobre sus costes y sobre cuándo, cómo y en qué medida iban a realizar cada una de ellas el incremento de tarifas. Decisión que, no cabe duda, deben adoptar individualmente y con plena autonomía, sin ningún tipo de coordinación previa.

Y tales hechos se encontraban tipificados también en la Ley 16/1989.

En cuanto a la infracción continuada y la naturaleza de la participación de la actora, la Sala ha tenido ocasión de examinar estas cuestiones:

“En relación con el carácter o no de continuada de una infracción administrativa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la reciente sentencia de 6 de diciembre de 2012 (dictada en el asunto C-441/11 P Comisión Europea frente a Verhuizingen Coppens NV) analiza un supuesto de infracción del que ahora es art. 101 TFUE en el que el Tribunal de Primera Instancia había considerado la existencia de una infracción continuada, y sintetiza los elementos que caracterizan este tipo de infracciones:

"41 Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE , apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C- 211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258).

42 Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del

artículo 81 CE , apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción.

Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencias antes citadas Comisión/Anic Partecipazioni, apartados 87 y 203, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 83).

43 En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, la citada infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad.

44 Por el contrario, si una empresa ha participado directamente en uno o varios comportamientos contrarios a la competencia que componen una infracción única y continuada, pero no se ha acreditado que, mediante su propio comportamiento, intentase contribuir a la totalidad de los objetivos comunes perseguidos por los otros participantes en el cartel y que tenía conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los citados participantes para alcanzar los mismos objetivos o que pudiera de forma razonable haberlos previsto y estuviera dispuesta a asumir el riesgo, la Comisión únicamente puede imputarle la responsabilidad de los comportamientos en los que participó directamente y de los comportamientos previstos o ejecutados por los otros participantes para alcanzar los mismos objetivos que los que ella perseguía y de los que se acredite que tenía conocimiento o podía haberlos previsto razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo.

45 No obstante, eso no puede llevar a exonerar a dicha empresa de su responsabilidad por los comportamientos en los que consta que participó o de los que efectivamente puede ser considerada responsable. En efecto, el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado no es relevante al imputarle una infracción, dado que únicamente procede tomar en consideración dichos elementos cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, se determine la multa (sentencias antes

citadas Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 90, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 86)."

Por otra parte, el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de marzo de 2008, igualmente dictada en materia de derecho de la competencia, recuerda en primer lugar que hay que distinguir entre lo que es la mera apreciación de los hechos a la luz de las pruebas practicadas, y lo que es la calificación jurídica de la conducta infractora una vez establecidos los hechos probados. Y en segundo lugar, centra el eje de la valoración de la conducta en la unidad de designio o designio común: dice el Alto Tribunal, y esta Sala considera que es precisamente lo que ha ocurrido en este supuesto que " los diferentes acuerdos colusorios no son sino reflejos sucesivos ordenados a su ejecución material " (en aquel caso a la fijación de tarifas en este a la fijación de condiciones comerciales).

Continuando con los razonamientos de dicha sentencia, el Alto Tribunal recuerda que " El artículo 4.6 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora exige tan sólo que haya un "plan preconcebido" para la realización de las conductas infractoras continuadas en el tiempo y corresponde a los tribunales de instancia, a la vista de las pruebas aportadas, determinar si dicho plan existió o no. "

Y termina señalando:

"Si la infracción continuada requiere la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos (en ejecución del ya citado "plan preconcebido") es claro que en el caso de autos tal requisito se cumple. Las cuatro conductas colusorias o prácticas restrictivas de la competencia sancionadas se encuentran, todas ellas, incursas en el mismo artículo, apartado y letra (artículo 1, apartado primero, letra a) de la Ley de Defensa de la Competencia) y responden al mismo tipo infractor, esto es, al que sanciona la adopción de un acuerdo mediante el que una determinada asociación empresarial –en este caso el Sindicato de Transportistas Autónomos de Vizcaya- fija los precios y las condiciones comerciales que han de regir la actuación comercial de sus asociados a fin de eliminar la competencia de éstos entre sí.

La mera circunstancia de que el acuerdo colusorio se concrete en previsiones aplicables de manera detallada a diversos tipos de operaciones de transporte por carretera (contenedores, carga general, carga completa, camiones basculantes) en relación con el puerto de Bilbao y en función de las distancias aplicables, dicha circunstancia, decimos, en nada obsta al carácter unitario del acuerdo mismo ni a la calificación de la conducta infractora como continuada, a los efectos del repetido artículo 4.6 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por el Real Decreto 1398/1999, de 4 de agosto ."

El análisis de la conducta enjuiciada, para valorar las alegaciones de la recurrente a luz de estas precisiones jurisprudenciales permite concluir que la CNC ha calificado la conducta correctamente como infracción continuada porque:

-. Varias empresas (se ha acreditado la identidad subjetiva en cuanto a su actividad empresarial en el mismo sector) participaron en una infracción consistente en un comportamiento repetido y prolongado que tenía una única finalidad económica, la armonización de las condiciones comerciales de venta de

sus productos. Hay un plan común para limitar el poder negociador de los clientes tratando de imponerles condiciones comerciales.

- La armonización era, al menos potencialmente, anticompetitiva.

- Las actuaciones presentan un vínculo de complementariedad: se ha acreditado que cada una de ellas va destinada a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia y contribuyen, mediante su interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia que se han producido o pueden producirse. Las empresas del sector van homogeneizando diversas variables en las que deberían competir frente a sus clientes, variables que son parte del coste efectivo de la transacción y que, en consecuencia, contribuyen a la determinación, unas veces de forma directa y otras de forma indirecta, del precio final del producto a comercializar.

Igualmente señala la jurisprudencia comunitaria, que para probar la participación de una empresa en un acuerdo anticompetitivo, es necesario que las autoridades de defensa de la competencia acrediten que la interesada, en este caso, la recurrente, " intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por la totalidad de los participantes, y que tenía conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos, o que podía de forma razonable preverlos y que estaba dispuesta a asumir el riesgo " (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999 Comisión /Anic).

Tal es el caso de la conducta de la empresa actora, dadas las características de las reuniones celebradas y de la información intercambiada, tal y como son analizadas por la CNC en la resolución enjuiciada.

La CNC expresamente razona que lo relevante es la elaboración de una estrategia común, la contribución a esta estrategia, y la correspondiente participación en la infracción. Por lo tanto ha quedado acreditada la existencia de un propósito común que confiere unidad a la pluralidad de acciones anticompetitivas llevadas a cabo por, entre otras, la empresa actora." (sentencia de 19 de marzo de 2013, recurso 385/2011).

De los hechos declarados probados resulta la existencia de una infracción continuada, pues existen diversas reuniones encaminadas todas ellas al mismo fin anticompetitivo, y se encuentra igualmente probada la participación de la recurrente. Al tratarse de una infracción continuada no puede apreciarse la prescripción de determinados hechos, pues todos ellos son manifestación de una sola conducta, por tanto, los no prescritos son suficientes para integrar la conducta sancionada.

SEXTO: Hemos de examinar la alegación de la actora sobre la mecánica en la cuantificación de la multa impuesta.

El artículo 62 de la Ley 15/2007 establece:

"4. Son infracciones muy graves:

a. El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones

colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.”

El artículo 63 de la misma Ley:

“1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

a. Las infracciones leves con multa de hasta el 1 % 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 % 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 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.”

Hemos de señalar que el sistema que determinan los señalados preceptos se basa en dos elementos esenciales respecto de las infracciones muy graves:

1.- el volumen de negocios que ha de considerarse es el del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa,

2.- el máximo legal previsto es el 10% de dicho volumen.

En el presente caso la sanción se impone en Resolución de 1 de diciembre de 2011, y por lo tanto el volumen de negocios a considerar es el del ejercicio de 2010. No es correcta la magnitud considerada por la CNC en cuanto se refiere a otro ejercicio.

Analizaremos la naturaleza del porcentaje del 10%.

En el ámbito del Derecho Europeo el Reglamento CEE 1/2003 determina en su artículo 23.2:

“2. Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia:

a) infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado;

b) contravengan una decisión que ordene la adopción de medidas cautelares adoptada en virtud del artículo 8 del presente Reglamento;

c) no respeten un compromiso dotado de fuerza vinculante por decisión, con arreglo al artículo 9 del presente Reglamento.

Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior.

Cuando la infracción de una asociación esté relacionada con las actividades de sus miembros, la multa no podrá ser superior al 10 % del importe global del volumen de negocios total de cada uno de los miembros que opere en el mercado cuyas actividades se vean afectadas por la infracción de la asociación.”

En la sentencia de 12 de diciembre de 2012, el Tribunal General afirma:

“160 Por otro lado, se desprende igualmente de reiterada jurisprudencia que el artículo 23, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 no exige que en el supuesto de que se impongan multas a varias empresas implicadas en una misma infracción, el importe de la multa impuesta a una empresa pequeña o mediana no sea superior, en porcentaje de volumen de negocios, al de las impuestas a las empresas más grandes. En realidad, de dicho precepto se desprende que, tanto en el caso de las empresas pequeñas o medianas como en el de las de mayor tamaño, procede tener en cuenta, para calcular el importe de la multa, la gravedad y la duración de la infracción. En la medida en que la Comisión imponga a cada una de las empresas implicadas en la misma infracción una multa que esté justificada en función de la gravedad y en la duración de la infracción, no puede reprochársele que las cuantías de las multas de algunas de ellas sean superiores, en porcentaje del volumen de negocios, a las de las otras empresas (sentencias del Tribunal de 5 de diciembre de 2006, Westfalen Gassen Nederland/Comisión, T-303/02, Rec. p. II-4567, apartado 174, y de 28 de abril de 2010, Gütermann y Zwicky/Comisión, T-456/05 y T-457/05, Rec. p. II-1443, apartado 280).

161 En lo que atañe a la alegación de la demandante basada en el hecho de que el importe de la multa que se le impuso era muy cercana al límite máximo del 10 % del volumen global de negocios (véanse los apartados 152 y 153 supra) procede señalar que parece desconocer la naturaleza de este límite. En efecto, la cuantía correspondiente al 10 % del volumen global de negocios de un participante en una infracción a las normas de la competencia no es, a diferencia de lo que parece creer la demandante, una multa máxima, que sólo debe imponerse en el caso de las infracciones más graves. Según la jurisprudencia, se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción. La aplicación de este límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartado 283).

162 El Tribunal de Justicia también ha declarado que este límite no prohíbe que la Comisión utilice en sus cálculos de la multa un importe intermedio superior a dicho límite. Tampoco prohíbe que las operaciones de cálculo intermedias que toman en consideración la gravedad y la duración de la infracción se realicen sobre un importe que supere dicho límite. Si resultara que, al finalizar los cálculos, el importe final de la multa debe reducirse a un nivel que no sobrepase el mencionado límite superior, el hecho de que ciertos factores, tales como la gravedad y la duración de la infracción, no repercutan de manera efectiva en el importe de la multa impuesta es una mera consecuencia de la aplicación de dicho límite superior al importe final (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartados 278 y 279).

163 De ello se desprende que, el mero hecho de que la multa impuesta a la demandante se halle cerca del umbral del 10 % de su volumen de negocios, en

tanto que el porcentaje es inferior para otros participantes en el cártel, no puede constituir una vulneración del principio de igualdad de trato o de proporcionalidad. En efecto, esa consecuencia es inherente a la interpretación del umbral del 10 % exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción del importe de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad (sentencia del Tribunal de 16 de junio de 2011, Putters International/Comisión, T-211/08, Rec. p. II-0000, apartado 74).

164 *Por el mismo motivo, el mero hecho de que, debido a la aplicación de este umbral, incluso en el supuesto de una infracción todavía más grave, no se impondría a la demandante una multa significativamente superior, no demuestra que el importe de la multa que le impuso la Decisión impugnada sea desproporcionado. En todo caso, procede señalar, más generalmente, que la apreciación del carácter desproporcionado o no del importe de la multa impuesta a una empresa por una infracción de las normas de la competencia no puede realizarse sobre la base de una comparación entre la multa efectivamente impuesta y la que debería haberse impuesto por una infracción hipotéticamente más grave, puesto que se supone que las empresas han de respetar las normas de la competencia y no infringirlas. Procede señalar, además, que para justificar la tesis de que la infracción que cometió no era tan grave como habría podido serlo, la demandante reitera alegaciones que, según se desprende de los apartados 86 a 89 y 97 a 106 anteriores, deben desestimarse por infundadas.”*

Fuera de toda duda la prevalencia del Derecho europeo sobre el nacional en virtud de cesión de soberanía, reiteradamente declarado por el Tribunal de Luxemburgo ya desde la sentencia *Costa vs Enel*, y, posteriormente, sentencia *Simmenthal* y sentencia *Kreil*. Ahora bien, hemos de señalar desde ahora que el Reglamento CEE 1/2003 regula, en lo que nos interesa, la atribución de competencias sancionadoras a la Comisión, y desde tal presupuesto ha de entenderse la interpretación de la naturaleza del límite del 10% que realiza el Tribunal General en la sentencia parcialmente transcrita.

La prevalencia del Derecho Europeo no implica que el esquema de atribución de competencias a la Comisión en materia de Defensa de la Competencia, implique su traslado automático a los órganos nacionales de Defensa de la Competencia, dada su diferente naturaleza y ámbito de actuación:

a) Respecto a la naturaleza, no puede calificarse a la Comisión de órgano administrativo equiparable a los del Derecho español. Basta ver las funciones que le vienen atribuidas en el TFUE para sostener tal afirmación, entre otros en el artículo 289 (*El procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión*), o en el artículo 290 (*Un acto legislativo podrá delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo*)

b) En cuanto al ámbito de actuación, el Reglamento CEE 1/2003 determina en su artículo 4:

“A efectos de la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión dispondrá de las competencias previstas en el presente Reglamento.”

A continuación, el Reglamento regula las competencias de la Comisión. Entre estas competencias destaca la sancionadora en los términos del artículo 23 del Reglamento.

Debemos concluir que la organización de las facultades sancionadoras y su atribución a un órgano administrativo nacional no han de coincidir, en virtud del principio de prevalencia, con el alcance y facultades que el Reglamento CEE otorga a la Comisión. Y ello resulta de dos elementos:

a) el artículo 23 atribuye las facultades sancionadoras a la Comisión sin remisión a las autoridades nacionales en cuanto a su ejercicio, y por ello la facultad de sancionar en los términos recogidos en el reglamento solo es aplicable a la Comisión;

b) No así respecto de la aplicación de las normas que configuran las infracciones en los artículos 101 y 102 del TFUE – antes 81 y 82 -, como expresamente resulta del artículo 5 del Reglamento CEE 1/2003:

“Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes:

*— orden de cesación de la infracción,
adopción de medidas cautelares,
aceptación de compromisos,*

— imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional.”

Resulta clara que la tipificación europea de las conductas contrarias a la libre competencia vinculan a las autoridades nacionales – sin perjuicio de la facultad del artículo 3 del Reglamento *“Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral.”* -; pero también resulta claro que la imposición de las multas sancionadoras se rige por el Derecho nacional.

Así cosas, la interpretación de la naturaleza del límite del 10% de sanción a que se refieren los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007, ha de hacerse conforme a la legislación nacional española; y a tal efecto, es esencial la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución.

En este punto hemos de recordar lo dicho en la sentencia del TC 100/2003, de 2 de junio de 2003:

“El punto de partida de esta síntesis ha de ser la doctrina expresada por la STC 42/1987, de 7 de abril. En esta Sentencia se dice lo siguiente respecto del contenido del art. 25.1 CE: «El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla nullum crimen nulla poena sine lege, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía.

La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término 'legislación vigente' contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora» (loc. cit., FJ 2). Recientemente hemos hecho hincapié en esta doble garantía en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3.

En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de lex certa, «que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones» (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 123/2001, de 4 de junio, FJ 11). Con ello hemos puesto el acento en la consideración de dicho mandato como una garantía de la denominada vertiente subjetiva de la seguridad jurídica (según la expresión utilizada en las SSTC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11, y 196/2002, de 28 de octubre, FJ 5), lo que hace recaer sobre el legislador el deber de configurar las leyes sancionadoras con el «máximo esfuerzo posible» [STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7 c)] para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. En palabras de la STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3, la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita «predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa» [en los mismos o parecidos términos, SSTC 53/1994, de 24 de febrero, FJ 4 a); 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 124/2000, de 19 de julio, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3]. Observada desde su envés, esta garantía conlleva la inadmisibilidad de «formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador» (STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5).»

La certeza implica una determinación clara en cuanto a la sanción aplicable, estableciendo, al menos, un mínimo y un máximo, que permita graduar la sanción administrativa, ya sea aplicando, con especialidades, los criterios del Código Penal.

En cuanto a la reserva de Ley en la determinación de las sanciones administrativas, continua la citada sentencia:

“Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite «una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley»

(SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10; y 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4). En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3, reiterando lo ya dicho en el fundamento jurídico 3 de la STC 305/1993, de 25 de octubre, «el art. 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley».

Por ello, los criterios de la CNC en cuanto a la aplicación de las sanciones, puede alcanzar a una graduación dentro de la previsión legal, lo que el TC denomina “cuadro de las existentes”.

Interpretar los artículos 10 y 63 en el sentido de que el 10% del volumen de negocios opera exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones que la CNC pueda imponer, de suerte que tal órgano administrativo es libre de aplicar cualesquiera porcentajes sobre el valor de las ventas de los bienes y servicios en relación directa o indirecta con la infracción, contradice frontalmente el principio de Lex certa y reserva legal, respecto de las sanciones administrativas que recoge el artículo 25 de la Constitución en la interpretación que de este precepto nos da el TC.

La literalidad de los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007, permite su interpretación según los parámetros señalados por el TC, lo que hace improcedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley, solo posible cuando la norma legal no permita una interpretación conforme a la Constitución.

En conclusión hemos de señalar:

a) Una interpretación del límite del 10% conforme a la Constitución, exige entender que el mínimo de la sanción será el 0% y el máximo el 10% debiendo graduarse la multa dentro de esta escala, según las agravantes y atenuantes concurrentes, valorando su duración y gravedad, desde la perspectiva de la escala establecida por el legislador de 2007, respecto de las infracciones leves – hasta el 1% -, de las graves – hasta el 5% -, y de las muy graves – hasta el 10% -. Nada impide que las respectivas multas se fijen en atención a toda la escala, pero razonando en cada caso la concreta gravedad en la conducta de cada infractor que justifique la fijación del concreto porcentaje.

b) Las amplias facultades que el Reglamento CEE 1/2003 otorga a la Comisión en la graduación de las sanciones, no son trasladables a la CNC, de una parte, porque el Derecho Europeo no se las concede, de otra parte, porque el Derecho español lo impide por rango constitucional, y, por último, porque no existe semejanza entre la naturaleza jurídica de la Comisión y de la CNC.

Resuelta la naturaleza del límite del 10%, hemos de determinar sobre la base que ha de aplicarse.

El artículo 10 de la Ley 16/1989 determinaba:

“... multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal.”

El artículo 63 de la Ley 15/2007:

“Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.”

Queda fuera de duda el parámetro temporal dada la claridad de los preceptos ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, la referencia lo es al volumen de negocios del año anterior a la fecha de la Resolución de la CNC.

Se plantean, sin embargo, problemas de interpretación en el concepto “...volumen de ventas...” o “... volumen de negocios total...”: y ello, porque la empresa infractora puede realizar actividades económicas variadas, o, lo que es lo mismo, operar en distintos sectores económicos. Es necesario determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora.

Desde este punto de vista cabe entender que volumen de negocios total, viene referido a la total actividad económica de la empresa infractora en todas sus ramas de actividad, o el volumen de negocios total en la rama de actividad en la que se ha producido la infracción.

Para determinar el sentido de la norma atenderemos:

a) la proporcionalidad: tomar las totales actividades de la empresa, aún aquellas ajenas al ámbito de la infracción, no es proporcional a la infracción reprimida,

b) finalidad de la norma: consiste en la reprobación de las conductas contrarias a la libre competencia, en el ámbito donde se produzcan, y

c) ámbito de la vulneración: el sector afectado por la conducta es el parámetro de protección de la libre competencia.

Todo ello nos lleva a concluir que el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción.

Este es también el criterio seguido por la Comisión al que se refiere la sentencia de 12 de diciembre de 2012 del Tribunal general antes citada:

“21 En primer lugar, la Comisión determina un importe de base para cada empresa o asociación de empresas. A tal efecto, la Comisión utiliza el valor de las ventas de bienes o de servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción, en el sector geográfico correspondiente (apartado 13). El importe de base de la multa se vincula a una proporción del valor de las ventas, determinada en función del grado de gravedad de la infracción, multiplicada por el número de años de infracción (apartado 19). Los períodos de más de seis meses pero de menos de un año se cuentan como un año completo (apartado 24). Por

regla general, la proporción del valor de las ventas que se tendrá en cuenta puede alcanzar hasta el 30 % (apartado 21).”

Aplicando esta doctrina al caso de autos, el máximo de la sanción lo es el 10% de las ventas o volumen de negocio del ejercicio anterior, en el ámbito en el que se produjo la infracción.

La mecánica seguida por la CNC en la cuantificación de la sanción, no es la descrita anteriormente.

SEPTIMO: De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso.

No procede imposición de costas conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **estimando parcialmente** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **BCN Aduanas y Transportes, S.A.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o Francisco Miguel Velasco Muñoz Cuellar, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 1 de diciembre de 2011**, 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.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada Doña LUCIA ACIN AGUADO a la sentencia de 24 de junio de 2013 dictada en el recurso 29/2012.

Con el máximo respeto, formulo el presente voto particular .

PRIMERO: La razón por la que discrepo es que en la sentencia se ha establecido una interpretación del artículo 10.1 de la Ley 16/1989 y 63 1 c) de la Ley 15/2007 consistente en que el límite del 10% del "volumen de ventas" o "de volumen de negocios total" de la empresa infractora fijado en esos artículos viene referido al volumen de ventas/negocios en el ámbito de la actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción, esto es al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción. Entiendo que se debían haber mantenido los parámetros sobre los que la CNC calcula ese porcentaje y que son el 10% del volumen de facturación de la empresa 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 período objeto de la infracción (octubre de 2000 hasta 18 de noviembre de 2008) y no solo limitada a un máximo del 10% volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en ese mercado en el último ejercicio inmediatamente anterior al de la resolución de la CNC.

Entiendo además que esta cuestión tan relevante no podía ser analizada por esta Sala sin haber dado opción a las partes para que se pronuncien sobre la misma ya que no fue planteada por la actora en el escrito de demanda, no amparando a mi juicio la mera alegación de la falta de proporcionalidad realizar un pronunciamiento sobre el tema, incurriendo por ello la sentencia en incongruencia ultra petita. Ello conforme a lo establecido en el artículo 33 de la Ley 29/1998 y como de forma reiterada ha sido establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 7 de julio de 2011 (recurso 1055/2008) 3 de octubre de 2011 (recurso 543/2009) y 23 de febrero de 2012 (recurso 4716/2009).

SEGUNDO: Las razones por las que considero que el límite del 10% del volumen de ventas o de negocios total de la empresa infractora fijado en el artículo 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 no viene referido al volumen de negocios en el ámbito de la actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción, esto es al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción sino a todo el negocio de la empresa son las siguientes:

1) El hecho de que se haya introducido la palabra "total" en la nueva Ley 15/2007 de defensa de la competencia para referirse al volumen de negocios. Así el artículo 10 de la Ley 16/1989 fijaba como límite de la cuantía de las sanciones "multa de hasta 150.000.000 ptas. (900.000 euros), cuantía que podía ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal" . La Ley 15/2007 que deroga la anterior establece en el artículo 63 1 c) como límite de la sanción por la comisión de infracciones muy graves "multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa" . En los comentarios realizados al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia (publicados en la página web de la CNC), algunos de los despachos de abogados consultados manifestaron en relación con el importe máximo de las sanciones que era necesario introducir dos "modificaciones" . Por una parte sugerían que debería tomarse únicamente en cuenta el volumen de ventas realizado en el mercado afectado por la infracción. De esta forma indicaban se evitaba que se tomen bases de cálculo diferentes en función de cómo estén estructuradas jurídicamente las empresas (e.g. una sola sociedad con varias actividades o con una filial independiente por actividad) y por otra el año de referencia debería ser el último en que se cometió la infracción. La nueva Ley no introduce ninguna de esas modificaciones sugeridas sino que al contrario introduce la palabra "total" precisamente para aclarar que se refiere a todo el volumen total y no limitado al volumen de ventas en el mercado afectado .

2) La redacción del artículo 63. 1 c) de la Ley 15/2007 coincide con la redacción del artículo 23.2 del Reglamento CEE 1/2003 que después de establecer que la Comisión puede imponer multas a las empresas que infrinjan las disposiciones del artículo 81 y 82 del Tratado señala que "por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior".

3) La Jurisprudencia comunitaria ha precisado el alcance de dicho precepto señalando que (161) "la cuantía correspondiente al 10% del volumen global de negocios de un participante en una infracción a las normas de la competencia no es, a diferencia de lo que parece creer la demandante, una multa máxima, que sólo debe imponerse en el caso de las infracciones más graves. Según la jurisprudencia, se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción. La aplicación de este límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado

47 supra". (sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2012 asunto novacke/Comisión).

4) Se indica en la sentencia que el tomar las totales actividades de la empresa, aun aquellas ajenas al ámbito de la infracción no es proporcional a la infracción reprimida teniendo en cuenta la finalidad de la norma y el ámbito de vulneración y nada hay que objetar ya que precisamente la resolución de la CNC ha tenido en cuenta el volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado 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. El importe de base de la multa por tanto se vincula a una proporción del valor de las ventas, determinada en función de los criterios establecidos en el artículo 64 (características del mercado afectado, cuota alcance de la infracción, efectos), multiplicada por el número de años de infracción. Tanto las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23 apartado 2 letra a) del Reglamento CE 1/2003 (DO 1/9/2006) como la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la cuantificación de las sanciones se establece que el importe básico de la multa se calcula en función de un porcentaje del valor de las ventas vinculadas a la infracción, pero añade que se multiplica por un coeficiente teniendo en cuenta el número de años de participación en la misma. El porcentaje del valor de las ventas depende de la gravedad de la infracción (naturaleza de la misma, cuota de mercado acumulada de todas las partes afectadas, amplitud geográfica, etc.) y puede llegar hasta el 30 % si concurren una serie de circunstancias y que se incrementará o reducirá en función de la concurrencia de agravantes o atenuantes.

En los casos en que la aplicación de este criterio (porcentaje del volumen de ventas en el mercado afectado) multiplicado por un coeficiente según los años que ha durado la infracción supere el límite del 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior se reduce la sanción a ese límite. Así ha sido aplicado por la Comisión Europea y analizado en la sentencia del TGUE de 16 de junio de 2011 caso Putters International/Comisión en el que la Comisión redujo la sanción que correspondería por aplicación de las Directrices (porcentaje del volumen de negocios del mercado afectado multiplicado por un coeficiente según el número de años) al umbral del 10% establecido como límite de la sanción en el artículo 23 del Reglamento CE 1/2003 y señaló que " esa consecuencia es inherente a la interpretación del umbral del 10% exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad ".

Por tanto no se puede identificar "volumen de ventas afectado por la infracción" con el "volumen de negocio global o total" . El primero es el que se tiene en cuenta tanto en las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23 apartado 2 letra a) del Reglamento CE 1/2003 (DO 1/9/2006) como en la Comunicación de la CNC para la cuantificación de las sanciones para calcular el importe básico de la sanción y viene determinado por "las ventas obtenidas por el infractor en los mercados del producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos durante el tiempo que la infracción ha tenido lugar" . El segundo "volumen de negocios total" se refiere al volumen total del negocio de la empresa y no limitado al mercado afectado por la infracción y sobre el que se establece el límite máximo de la sanción en el artículo 63 LDC 15/2007 y por ello viene referido al ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa ya que se tiene en cuenta la situación de la empresa para hacer frente al pago de la multa en un momento próximo a su pago (momento en el que generalmente ha cesado la infracción y por tanto no tiene relación con el volumen realizado durante el periodo de comisión de la infracción).

El mercado afectado por la infracción es uno de los criterios para graduar la sanción conforme al artículo 10. 2 b) de la Ley 16/1989 y 64. 1 b) de la Ley 15/2007 (tal como se recoge en el párrafo de la sentencia de 26 de septiembre de 2005 en el recurso contencioso-administrativo número 471/2003 que se cita en la sentencia) pero no constituye el parámetro para determinar el límite de la sanción máxima que se puede imponer conforme al artículo 10.1 de la Ley 16/1989 y 63.1 c) de la Ley 15/2007.

5) si se aplica el criterio mantenido por mis compañeros que limitan el importe máximo de la sanción al 10% de volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en el mercado afectado en el último ejercicio inmediatamente anterior al de la resolución de la CNC y no al volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en ese mercado durante el tiempo que cada empresa ha participado en la infracción (octubre de 2000 hasta 18 de noviembre de 2008) se pierde el efecto disuasorio de la multa ya que 1) basta a la empresa dejar de operar o que disminuya la realización de operaciones en ese mercado cuando conoce el inicio de una investigación teniendo en cuenta que el plazo desde que se inicia un expediente hasta que se dicta una resolución es de 18 meses y por tanto se va a tener en cuenta el volumen de operaciones realizadas durante la tramitación del expediente en que ya ha cesado la conducta anticompetitiva. Ello puede determinar que al no haber realizado actividad alguna en ese mercado en el último año el importe máximo de la multa sea cero 2) supone un agravio para las empresas que han participado en un corto periodo de tiempo frente a los que han intervenido durante todo el periodo de duración de la conducta infractora 3) no se vincula el importe de la infracción al volumen de ventas obtenido en el periodo de duración de la infracción 4) supone una

reducción considerable del importe de la multa (en algunos casos si ha cesado de operar en ese mercado su desaparición) que hace dudar a esta Magistrada que dicho importe ni siquiera supere en este caso dada su duración el beneficio obtenido por la realización de la practica restrictiva desde octubre de 2000 hasta noviembre de 2008).

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.