



Roj: **ATS 3311/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3311A**

Id Cendoj: **28079130012017200646**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/04/2017**

Nº de Recurso: **227/2017**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a 10 de abril de 2017

HECHOS

PRIMERO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 27 de octubre de 2016, sentencia estimatoria parcial del recurso contencioso-administrativo número 82/2013 interpuesto por la Asociación Logística de Transporte de Contenedores, (en adelante, ALTC), contra la resolución de 10 de enero de 2013, de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se le impone una sanción de 15.210.253 euros, por haber incurrido en conducta contrarias a la libre competencia.

La resolución de 10 de enero de 2013 de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia acuerda lo siguiente:

«[...] El Consejo valora que las asociaciones ALTC y TRANSCONT, ésta última reconvertida, como se expondrá a continuación, en COTRAPORT, son responsables, entre enero de 2007 y marzo de 2011, de la conducta de cartel argumentada en el anterior Fundamento de derecho. La lectura detallada de los hechos acreditados no permiten otra cosa que concluir que ambas han sido las responsables Indiscutibles (i) del control de los censos de vehículos de sus asociados, (ii) de elaborar y distribuir los distintivos que permitiesen la identificación de sus vehículos, sin que se haya aportado explicación plausible sobre la necesidad y función de los distintivos, que en el pasado se acreditó su uso con fines de permitir la entrada física en el puerto, (iii) de organizar los respectivos observatorios de costes, (iv) de elaborar y someter a discusión los documentos para consensuar el número total de radios kilométricos y su amplitud para fijar una única estructura tarifaria de oferta al cliente final del servicio, (v) de distribuir entre sus asociados no solo la Información periódica, generalmente de carácter bimensual, del incremento del precios de los combustibles sino que cantidad exacta debía der repercutida sobre el precio final del servicio, (vi) de consensuar que IPC anuales debían emplearse en la actualización de las tarifas y a partir de qué momento, y (vii) de transmitir a otras asociaciones de usuarios del servicio la existencia de esa única tarifa consensuada entre competidores, y de instarles insistentemente a que procurasen su aceptación por parte de sus respectivos asociados [...].»

La sentencia estima parcialmente el recurso, al considerar acreditado que el cartel firmado por autónomos y empresas han alterado las condiciones de competencia que podían existir en el mercado para captar clientes, concluyendo lo siguiente:

«Por tanto de este relato, no cabe sino concluir que durante el periodo que suceden los mismos la actividad del transporte de contenedores en el puerto de Barcelona ha estado operando bajo una situación de control de la oferta, de reparto de esa oferta, de fijación de precios y otras condiciones comerciales que no puede sino ser calificada como un cartel. Se ha acreditado un control de oferta, control que se aplicaba sometiendo a los camiones que querían operar en el puerto a una suerte de autorización no administrativa que se reflejaba mostrando en zona visible del camión una serie de distintivos con el fin de poder ser identificados como vehículos autorizados a operar en el recinto del puerto. Este intento de control de la oferta, consensuado



entre ALTC y TRANSCONT, se ha venido desarrollando durante todo el periodo estudiado. No obstante, los hechos acreditados revelan evidencias de que la actuación de la propia APB, concediendo ella las oportunas autorizaciones administrativas, habría provocado cierta ineffectividad de las medidas tomadas para ese otro control colusorio de la oferta.

Igualmente acreditada está la existencia del acuerdo de tarifas que se aplicaría por parte de ALTC a sus clientes finales, intentando a su vez que las asociaciones que tratan a su vez con empresas intermediarias de estos clientes, como son consignatarios, transitarios, y agentes de aduana, aceptaran dichas tarifas y sus variaciones y las promocionaran entre sus asociados. Además del acuerdo sobre dichas tarifas, durante todo el periodo se han estado acordando igualmente los incrementos de las mismas, ya fuesen derivados del IPC, o de los incrementos en el precio de los combustibles. Estas tarifas aplicadas a clientes finales reflejan a su vez el acuerdo previo entre TRANSCONT y ALTC para fijar las tarifas de los autónomos miembros de TRANSCONT primero y COTRAPORT después, acuerdo que incluía además otros parámetros como las condiciones de pago a los transportistas autónomos, la existencia de una facturación mensual garantizada, la exclusividad, o los horarios de trabajo.

En resumen, estamos ante una conducta única y continuada que infringe la normativa de competencia nacional y comunitaria y que contiene una serie de comportamientos constitutivos en sí mismos de una infracción del artículo 1 LDC y del artículo 101 TFUE. Estos comportamientos, individual y colectivamente, han distorsionado los elementos competitivos que pudieran existir en la oferta de la actividad de transporte de contenedores en el Puerto de Barcelona. El cartel formado por los autónomos y las empresas ha alterado las condiciones de competencia que podían existir en este mercado: alterando la competencia entre los autónomos a la hora de ofertar sus servicios a las empresas de transportistas, la competencia entre estos autónomos y las empresas de transporte para captar clientes finales, y la competencia entre las empresas de transporte [...]»

SEGUNDO.- El procurador de los Tribunales, D. Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de la Asociación Logística de Transporte de Contenedores, bajo la dirección letrada de D. Lluís Cases Pallarés, ha preparado recurso de casación contra la sentencia de 27 de octubre de 2016, dictada por la Sección Sexta, Sala de lo Contencioso- Administrativo, de la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario núm. 82/2013.

Denuncia, en síntesis, la recurrente la infracción de los artículos 1 y 4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007), pues no existe cartel, al no existir una relación horizontal, sino vertical entre empresas transportistas y autónomos. Considera que las reuniones fueron públicas, auspiciadas por la Administración, y que los precios no eran vinculantes, sin que se haya acreditado el reparto de trabajo, ni la autorización del incremento o decremento de la flota. En segundo lugar, denuncia la infracción del artículo 128 de la LRJAP y el principio de irretroactividad de ley sancionadora desfavorable, el artículo 9.3 CE y la jurisprudencia, ya que ALTC tiene bajo la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia (BOE núm. 170, de 18 de julio de 1989), la consideración de «operador económico sin cifra de negocios», lo que supone una sanción máxima de 901.518,16 euros y además, no impone responsabilidad alguna a sus asociados. Cita en este sentido la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de enero de 2013 (rec.600/2011). Añade la infracción de los artículos 35, 45 y 135 LRJAP, artículo 24 CE y jurisprudencia, al afirmar que ALTC carece de actividad comercial, siendo sus asociados los que la tienen. Además, considera infringidos los artículos 51 LDC, los artículos 35, 54, 135 y 137 LRJAP, al haberse denegado improcedentemente las pruebas que propuso ante la CNMC. Alega también la vulneración del principio de confianza legítima, pues manifiesta que las actuaciones derivaban de participación en el Plan de Regulación y Ordenación de Acceso al Transporte vinculado al Port de Barcelona, impulsado por Autoridad Portuaria de Barcelona, tras la sanción impuesta derivada del expediente número 623/2007,- similar al del asunto presente-. Finalmente, denuncia la infracción de los artículos 67.1 y 33.1 LJCA, artículo 218 LEC y 24 CE, por incongruencia omisiva, al silenciar los motivos esgrimidos sobre la desproporción de la sanción.

Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, las letras a) y e) del artículo 88.2 LJCA, y la letra a) y d) del apartado 3 del citado artículo 88. Al amparo del apartado a) del artículo 88.2 de la LJCA afirma que la sentencia es contradictoria con otra de la Audiencia Nacional, concretamente, la sentencia de 29 de enero 2013 (rec. 600/2011), que en aplicación del artículo 128 LJCA considera de aplicación, (como norma más favorable), la Ley 16/1989, en lugar de la LDC actual, en un supuesto de un colegio profesional. Con cita del apartado e) del artículo 88.2 de la LJCA considera que interpreta con error una doctrina constitucional, con cita de varias sentencias, pues no existió un juicio de pertinencia sobre la denegación de la prueba propuesta. En tercer lugar, considera que concurre interés casacional al amparo del artículo 88.3. a) de la LJCA ante la inexistencia de jurisprudencia sobre el 128 de la LRJPAC, en lo concerniente a la norma más favorable sobre la base del carácter «cuasi solidario» que impone el artículo 61.3 de la LDC, frente a la inexistencia de tal previsión en la ley 16/1989. Añade la conveniencia sobre un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre el principio de proporcionalidad en virtud de los criterios de graduación del artículo 64 de la LDC.



TERCERO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 27 de diciembre de 2016, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Se han personado ante esta Sala, ATLC, en concepto de parte recurrente, y la Abogacía del Estado como parte recurrida.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde, Magistrado de la Sala

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia contra la que se prepara el presente recurso de casación estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 10 de enero de 2013, de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se le impone una sanción de 15.210.253 euros, por haber incurrido en conducta contraria a la libre competencia, y considera no obstante, que el cálculo de la sanción infringe el principio de competencia, debiendo calcularse conforme a las pautas jurisprudenciales.

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

TERCERO.- Junto a la invocación del artículo 88.2.a) y e) de la LJCA, en el escrito de preparación se invocan los apartados a) y d) del artículo 88.3 de la LJCA para razonar la concurrencia del interés casacional. Centrándonos en estos últimos, conviene aclarar que la presunción recogida en el meritado precepto no es absoluta pues el propio artículo 88.3, *in fine*, permite inadmitir (mediante «auto motivado») los recursos inicialmente beneficiados por la misma cuando este Tribunal Supremo «aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia» Con relación a este inciso procede que hagamos algunas puntualizaciones:

1º) Por tal «asunto» ha de entenderse no tanto el tema litigioso de la instancia, globalmente considerado, sino más bien el que la propia parte recurrente plantea en su escrito de preparación, pues es a éste al que se refiere al fin y al cabo el juicio sobre el interés casacional que justifica la admisión del recurso; y

2º) La inclusión del adverbio «manifiestamente» implica que la carencia de interés ha de ser claramente apreciable sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso (así se caracterizó por la jurisprudencia constante esta locución al hilo del antiguo artículo 93.2.d) LJCA en su inicial redacción, que configuraba como causa de inadmisión del recurso de casación la consistente en carecer manifiestamente de fundamento el recurso). Así, a título de ejemplo, el recurso podría ser inadmitido mediante auto, según lo previsto en el artículo 88.3 *in fine* LJCA, precisamente por carecer manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, si se pretende anudar el interés casacional a infracciones normativas circunscritas a las concretas vicisitudes del caso litigioso sin trascender a cuestiones dotadas de un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios (en el mismo sentido, ATS de 6 de marzo de 2017, rec.150/2016).

Pues bien, aplicando estas premisas al asunto del caso, hemos de concluir que las cuestiones planteadas y las alegaciones desplegadas en el escrito de preparación, en cuanto concierne al tema de fondo debatido en el litigio, deben tildarse de manifiestamente carentes de interés casacional y ello por cuanto tanto las cuestiones procesales como sustantivas planteadas por la parte recurrente se ciñen a los aspectos más casuísticos del litigio, sin superar este limitado marco, ni suscitar problemas hermenéuticos extrapolables a otros casos.

Concretamente, invoca el contenido del art. 88.3.a) LJCA, que establece que se presumirá que existe interés casacional objetivo «cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia». El recurrente afirma que no existe jurisprudencia sobre el artículo 128 de la LRJPAC, en lo concerniente al principio de irretroactividad de la norma restrictiva desfavorable, considerando que debería considerarse de aplicación la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, en lugar de la Ley 15/2017, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Considera que la Ley más reciente contempla la responsabilidad cuasi solidaria de los asociados en su artículo 61.3, elemento inexistente en la legislación anterior, por lo que habiéndose extendido los hechos durante la vigencia de

ambas disposiciones, debe resultar de aplicación la más beneficiosa, esto es, la Ley 16/1989. No obstante, en asuntos similares, existen numerosos pronunciamientos, en los que se considera de aplicación, como ley más beneficiosa la Ley 15/2017, de 3 de julio. Concretamente, la STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, núm. 2385/2016, de 7 de noviembre, (rec.1047/2016), (F. J. 3º), la STS núm.2318/2016, de 11 de noviembre, (rec.617/2016), (F.J. 14º) y la STS núm. 2505/2016, de 23 de noviembre, (rec. 1048/2016).

Sin que pueda invocarse la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de enero de 2013, (rec.600/2011) citada al amparo del artículo 88.2.a) LJCA, ante la contundencia de los recientes pronunciamientos citados en supuestos similares, e incluso, uno de ellos, afectante a la misma recurrente.

Añade finalmente la recurrente la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre los criterios de graduación recogidos en el artículo 64 LDC. Sin embargo, la propia sentencia recurrida cita la STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 29 de enero de 2015, (rec.2872/2013) que establece las pautas interpretativas de este artículo, en la que, no obstante, se afirma que «[...] Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados [...]» (F. J. 9º). Por consiguiente, la vocación nomofiláctica de este recurso extraordinario unida a la aplicación *ad casum* de estos criterios respecto de los cuales existen ya pautas de interpretación impide la favorable acogida del interés casacional.

Es más, en términos generales, la sentencia recurrida pondera las circunstancias del caso, y concluye que las reuniones, y la correspondencia obrante en el expediente administrativo, evidencian el cartel existente desde enero/2006 hasta marzo/2011 en los que la recurrente, junto a otra asociación, fijaban los precios y condiciones comerciales o de servicios, en el reparto de mercado, y limitaban el sector de transporte terrestre de contenedores con origen o destino (final o escala) en el puerto de Barcelona, restringiendo la libre competencia. Elementos fácticos todos ellos, concurrentes al asunto del caso, valorados por la Sala *a quo*, cuyo reexamen no tiene encaje en ninguno de los apartados del artículo 88 LJCA ni en ningún otro, siendo así que el propio artículo 87.bis.1 de la LJCA excluye de este recurso extraordinario las cuestiones de hecho.

De esta forma, el litigio presenta un cariz marcadamente casuístico, al estar ligados a la apreciación de los datos fácticos concurrentes en el caso individualmente considerado, por lo que el debate que subyace realmente gravita sobre la convicción a la que llega la Sala *a quo* sobre el cartel conformado por la recurrente y otra asociación, (TRANSCORT), teniendo en cuenta la fijación de precios, el censo de automóviles.

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

Por lo expuesto,

La Sección de Admisión acuerda:

Declarar la inadmisión del recurso de casación nº **227/2017** preparado por la representación de Asociación Logística de Transporte de Contenedores, (ALTC), contra la sentencia de 27 de octubre de 2016, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, dictada en el procedimiento ordinario núm. 82/2015, con imposición de costas a la parte recurrente en los términos señalados en el último fundamento jurídico de la presente resolución.

Publíquese este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Así lo acuerdan y firman. D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Segundo Menendez Perez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Eduardo Calvo Rojas D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco D. Diego Cordoba Castroverde D. Jose Juan Suay Rincon D. Jesus Cudero Blas