



Roj: **STS 526/2015 - ECLI:ES:TS:2015:526**

Id Cendoj: **28079130032015100049**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **16/02/2015**

Nº de Recurso: **4182/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, 17-10-2012 (rec. 2430/2008) , STS 526/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Febrero de dos mil quince.

La Sala constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso de casación nº 4182/2012 interpuesto por el Procurador D. Anibal Bordallo Huidobro en representación de la ASOCIACIÓN LOGÍSTICA DE TRANSPORTISTAS DE CONTENEDORES (ALTC) contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de octubre de 2012 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 2430/2008 . Se han personado como partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado, y la ASOCIACIÓN MEDITERRÁNEA DE TRANSPORTISTAS DE CONTENEDORES E INTERMODAL (AMETRACI), representada por el Procurador D. Carlos Delabat Fernández.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 17 de octubre de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 2430/2008 ) en cuya parte dispositiva se establece:

<< FALLAMOS.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad Asociación Logística de Transportistas de Contenedores, contra resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 1 de abril de 2008, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho. Sin expresa imposición de costas>>.

**SEGUNDO.-** Según ponen de manifiesto el antecedente 1/ y el fundamento jurídico 1/ de la referida sentencia, la Comisión Nacional de la Competencia dictó resolución con fecha 1 de abril de 2008 en la que, entre otros pronunciamientos, se impone a la asociación recurrente ALTC una multa de 7.600.000 euros como responsable de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia .

El citado fundamento jurídico 1/ de la sentencia transcribe la parte dispositiva de la resolución administrativa sancionadora, cuyo contenido es el que sigue:

<< Primero.- Declarar que TRANSCONT es responsable de infringir el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia , al funcionar como un cártel, realizando en su seno acuerdos horizontales, decisiones y recomendaciones, todo lo cual se manifiesta, entre otros extremos en haber fijado junto con ALTC las tarifas de referencia anuales para los servicios de transporte de contenedores de mercancías por carretera prestados por transportistas autónomos; en haber recomendado a sus asociados la aplicación de la tarifa anual acordada



con ALTC, y al haberles exigido que realizasen la facturación a sus clientes a través de la asociación, con el objeto de controlar tanto las tarifas aplicadas como el volumen de trabajo realizado por cada asociado; en establecer límites a la producción, esta infracción se ha materializado sometiendo a autorización por parte de las juntas de dirección de ambas asociaciones los planes de expansión de flota de sus asociados y concediendo, mediante venta o alquiler, distintivos a colocar en los vehículos, de forma que sólo los poseedores de tales distintivos podían acceder físicamente al mercado; igualmente en haber exigido a sus no asociados la firma de unos acuerdos de colaboración para poder acceder a trabajar en el Puerto de Barcelona, mediante los cuales, estos colaboradores asumían el pago de un donativo, la facturación obligatoria a través de la asociación y el compromiso de mantenerse trabajando para los mismos clientes para los que venían trabajando con anterioridad y, en definitiva en haber aprobado en sus estatutos la cláusula j) de sus funciones, mediante la cual asumen funciones de ordenación y reparto del mercado al establecer turnos de espera.

Segundo.- Declarar que ALTC es responsable de infringir el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, por constituir un cártel, actuando como tal y realizando acuerdos entre competidores, decisiones y recomendaciones, lo cual se manifiesta, entre otros extremos, en haber aprobado y posteriormente recomendado a sus asociados la aplicación de una tarifa anual calculada sobre la base de la tarifa para autónomos previamente acordada con TRANSCONT; en haber establecido límites a la producción, sometiendo a autorización por parte de las juntas de dirección de ambas asociaciones los planes de expansión de flota de sus asociados y concediendo, mediante venta o alquiler, distintivos a colocar en los vehículos, de forma tal que únicamente sus poseedores pudieran acceder al mercado.

Tercero.- Imponer una sanción a TRANSCONT de 7.340.000 euros.

Cuarto.- Imponer una sanción a ALTC de 7.600.000 euros **[este punto de la parte dispositiva de la resolución, referido precisamente a la aquí recurrente ALTC, no figura transcrito en la sentencia recurrida]** .

Quinto.- Intimar a TRANSCONT y a ALTC para que en el futuro se abstengan de:

- elaborar, ni conjuntamente ni por separado, tarifas para la prestación de servicios de transporte.
- distribuir entre sus asociados, ni a clientes de los mismos, ningún tipo de tarifas, ya sean éstas orientativas, de referencia, o recomendadas.
- comercializar números distintivos para acceder a las instalaciones del puerto libremente.
- realizar servicios de facturación a sus socios, o cualquier otro instrumento que permita identificar los precios y el volumen de trabajo con que sus asociados trabajan.
- someter a autorizaciones de las juntas directivas de las asociaciones la expansión del tamaño de la flota de camiones de los asociados.

Sexto.- Intimar a TRANSCONT para que en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta resolución, modifique sus estatutos, suprimiendo la letra j) del artículo 7, y rectifique la letra i) del mismo artículo de forma que no figure entre sus funciones la elaboración de tarifas. En caso de incumplimiento se les impondrá a las asociaciones sancionadas una multa coercitiva de 600 ? por cada día de retraso.

Séptimo.- Imponer a TRANSCONT y ALTC la obligación de distribuir a todos sus asociados el contenido íntegro de esta resolución y de publicar en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta resolución, su parte dispositiva, en dos publicaciones. Una de ellas ha de ser la de mayor difusión diaria en la Comunidad Autónoma de Cataluña de entre las de ámbito nacional, mientras que la otra deberá ser la de mayor difusión nacional de entre las publicaciones portuarias y marítimas. En caso de incumplimiento se les impondrá a las asociaciones sancionadas una multa coercitiva de 600 ? por cada día de retraso>>.

El fundamento jurídico 2/ de la sentencia sintetiza de esta manera los argumentos de impugnación aducidos por la demandante:

<< (...) 2.- Los motivos de recurso alegados en la demanda son los siguientes:

- En primer término se alega la vulneración del derecho a la defensa; en concreto vulneración del artículo 24.2 CE y del artículo 43 de la Ley de Defensa de la Competencia así como del artículo 20 del Real Decreto 1398/1993 .
- En segundo lugar se niega por la recurrente la constitución de un cártel con TRANSCONT.
- Por último, y subsidiariamente, la demandante cuestiona la proporcionalidad de la sanción>>.

A continuación, en el fundamento 3/, la sentencia recurrida hace una breve recapitulación sobre los hechos constitutivos de la infracción y alude a que sobre ellos ya se pronunció la Sala al examinar el recurso



interpuesto contra la misma resolución sancionadora por la asociación de transportistas TRANSCONT, también sancionada. Lo expresa la sentencia del modo siguiente:

<< (...) 3. Las conductas sometidas a análisis bajo la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989 en el referido expediente sancionador tienen su efecto en el servicio de transporte de contenedores por carretera con origen o destino el Puerto de Barcelona.

La CNC culminó el expediente con una resolución en la que consideró cometida la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 en la que habrían incurrido las asociaciones TRANSCONT y ALTC al haber fijado las tarifas de referencia anuales para los servicios de transporte de contenedores por carretera prestados por transportistas autónomos. Además la primera de ellas, TRANSCONT habría infringido el artículo 1 LDC por otras conductas tales como la de haber recomendado las tarifas a sus socios y colaboradores y haber controlado su aplicación a través de las facturaciones; haber establecido TRANSCONT turnos de espera y contratación para la prestación de servicios de transporte por parte de los autónomos; haber pactado que los transportistas permanecerían trabajando en sus agencias de origen y que pagarían un donativo para poder trabajar en el puerto. También ALTC habría infringido el artículo 1 de la propia LDC al haber fijado las tarifas de referencia de venta de servicios de transporte de contenedores de mercancías por carretera para las empresas que forman parte de dicha asociación y haber recomendado su aplicación a través de circulares.

Y este Tribunal ya ha tenido ocasión de examinar las conductas infractoras que se imputan a la hoy actora en la resolución impugnada en **nuestra sentencia de 19 de enero de 2012, dictada en el recurso nº 199/2008** interpuesto por la otra de las empresas sancionadas (TRANSCONT) y allí ya tuvimos ocasión de acoger los hechos que la CNC declara probados en la resolución sancionadora por no haber sido desvirtuados por las pruebas entonces practicadas, y lo mismo debemos hacer ahora con respecto a la empresa ahora recurrente>>.

A partir de ahí, el fundamento 3/ de la sentencia recurrida transcribe literalmente una parte de la fundamentación de la anterior sentencia de 19 de enero de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 199/2008 ), que, a su vez, reproduce y hace suya la fundamentación de la resolución administrativa sancionadora en relación con distintos aspectos de la controversia.

Finalmente, la sentencia aquí recurrida añade lo siguiente:

<< (...) Estas consideraciones llevaron ya a la Sala a confirmar la sanción impuesta a aquella otra asociación mayorista y miembro del cártel controvertido e igualmente ahora a confirmar la sanción impuesta a la hoy actora cuya pretendida diferenciación de conductas en ningún momento ha demostrado no obstante las facilidades dadas por este Tribunal; menos aún, si cabe que fuera víctima de coacción o amenaza alguna.

Y lo mismo cabe decir respecto la duración y efectos de las conductas sancionadas, también pretendidamente inferiores a las contemplados en la propia resolución, por lo que igualmente ha de rechazarse la vulneración del principio de proporcionalidad de la sanción atendidas en este caso la gravedad de las conductas, la importancia de los mercados afectados sobre la economía en su conjunto y los efectos de este tipo de conductas tan claramente atentatorias a la libre competencia.

En definitiva, los hechos acreditados ponen de manifiesto que la actividad de transporte de contenedores por carretera, desde o hacia el Puerto de Barcelona, ha sido objeto de una autorregulación oclusiva del mercado, mediante el reparto del mismo entre los miembros del cártel y la fijación de precios, actuando las dos asociaciones mayoristas del sector, TRANSCONT y ALTC, las que han controlado el mercado y se han auto asignado funciones reguladoras que han aplicado a los precios>>.

De este modo la Sala de instancia, a base de reproducir parte de la fundamentación de la anterior sentencia -que, a su vez, transcribe los razonamientos de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, asumiéndolos- termina concluyendo que el recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado.

**TERCERO.**- Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la Asociación Logística de Transportistas de Contenedores (ALTC) que formalizó luego la interposición de su recurso mediante escrito presentado el 11 de enero de 2013 en el que formula cinco motivos de casación, los dos primeros al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los tres restantes invocando el artículo 88.1.d/ de la misma Ley . El contenido de estos estos motivos es, en síntesis, el siguiente:

- 1.- Infracción de los artículos 24 de la Constitución , 33.1 y 67.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por incurrir la sentencia en incongruencia omisiva, al no haber entrado a examinar varios de los motivos de impugnación que se aducían en la demanda.
- 2.- Infracción de los artículos 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por incurrir la sentencia de instancia en una motivación defectuosa, ya que se limita reproducir miméticamente



la anterior sentencia de 19 de enero de 2012 , cuyos razonamientos vienen referidos a la conducta de una asociación distinta, que era la allí recurrente.

3.- Infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , así como la jurisprudencia que lo aplica. La parte recurrente entiende que este precepto ha sido incorrectamente interpretado y aplicado.

4.- Infracción de los artículos 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , y 131 de la 30/1992, de 26 de noviembre, en cuanto a la graduación de las sanciones.

5.- Infracción de los artículos 137 y 130.a/ de la 30/1992, de 26 de noviembre, así como del artículo 24 de la Constitución . Aduce la recurrente que la sentencia vulnera su derecho a la presunción de inocencia al concluir que los hechos imputados a TRANSCONT son miméticamente trasladables a ALTC. Además, ni la resolución administrativa ni la sentencia de instancia han conectado las pretendidas pruebas indiciarias con la infracción tipificada en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , en particular en lo que se refiere a una supuesta fijación de tarifas por parte de ALTC a sus asociados y, menos aún, en cuanto a la existencia de un cartel de fijación de precios en connivencia con TRANSCONT.

Termina el escrito solicitando que se case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, se estime el recurso contencioso- administrativo declarando nula de pleno derecho la resolución sancionadora de la Comisión Nacional de la Competencia.

**CUARTO.-** Mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala de 7 de marzo de 2013 se acordó la admisión del recurso de casación así como la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, conforme a las reglas de reparto de asuntos.

**QUINTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación de 10 de abril de 2013 se dió traslado del escrito de interposición a las partes recurridas para que formalizasen su oposición,

La representación de la Asociación Mediterránea de Transportistas de Contenedores e Intermodal (AMETRACI) presentó escrito con fecha 21 de mayo de 2013 en el que expone las razones de su oposición a los motivos de casación; y termina solicitando que se dicte sentencia desestimando el recurso de casación con imposición de las costas a dicha parte recurrente.

Por su parte, la Abogacía del Estado formalizó su oposición al recurso mediante escrito presentado el 29 de mayo de 2013 en el que, tras exponer las razones en las que sustenta su oposición a los motivos formulados de contrario, termina solicitando que se dicte sentencia desestimando el recurso de casación.

**SEXTO.-** Encontrándose las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo la representación de la asociación ALTC presentó escrito con fecha 3 de noviembre de 2014 con el que aporta copia de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 22 de septiembre de 2014 en la que se abordan cuestiones que a su entender tienen relevancia para la resolución del presente recurso.

Del citado escrito y documento adjunto se dio traslado a las representaciones procesales de la asociación AMETRACI y de la Administración del Estado, que mediante escritos presentados con fechas 17 y 21 de noviembre de 2014, respectivamente, se opusieron a la admisión del documento, a lo que el Abogado del Estado añade en su escrito que, en todo caso, la resolución controvertida en el caso presente y la aportada ahora por la recurrente aplican normativas distintas que siguen criterios diferentes en cuanto al extremo que es objeto de debate.

**SÉPTIMO.-** El señalamiento para votación y fallo quedó fijado para el día 10 de febrero de 2015, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación nº 4182/2013 lo interpone la representación de la Asociación Logística de Transportistas de Contenedores (ALTC) contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 17 de octubre de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 2430/200819 ) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la referida asociación contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 1 de abril de 2008 que, entre otros pronunciamientos, impuso a la asociación ALTC una multa de 7.600.000 euros como responsable de una infracción del artículo 1 de la Ley 16 /1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia.



En el antecedente segundo hemos dejado esbozada la estructura de la fundamentación de la sentencia recurrida. Procede entonces que pasemos a examinar los motivos de casación que ha formulado la recurrente, cuyo contenido hemos resumido en el antecedente tercero.

**SEGUNDO.-** Comenzando por los motivos de casación que se formulan al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya vimos que en el motivo primero se alega la infracción de los artículos 24 de la Constitución, 33.1 y 67.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia en incongruencia omisiva, al no haber entrado a examinar varios de los motivos de impugnación que se aducían en la demanda. Y en esa misma línea de razonamiento, en el motivo segundo la recurrente alega la infracción de los artículos 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia de instancia en una motivación defectuosa, al limitarse reproducir miméticamente la anterior sentencia de 19 de enero de 2012, cuyos razonamientos vienen referidos a la conducta de una asociación distinta a la aquí recurrente.

Ambos motivos de casación deben ser acogidos.

Por lo pronto, la sentencia recurrida, al sintetizar en su fundamento jurídico 2/ los argumentos de impugnación que había aducido la demandante, ofrece una relación que además de esquemática resulta incompleta, pues en esa relación no se mencionan algunas de las cuestiones suscitadas y argumentos de impugnación esgrimidos por la representación de Altco en el curso del proceso. Pero este defecto es sólo un primer dato revelador de la incongruencia y deficiente motivación en que incurre la sentencia.

Sucede que, como antes hemos señalado, el fundamento tercero de la sentencia recurrida reproduce parte de la fundamentación de una anterior sentencia referida a la misma resolución sancionadora de la Comisión Nacional de la Competencia y en la que se resolvía la impugnación formulada en vía jurisdiccional por la asociación TRANSCONT, también sancionada. Se trata de la sentencia de fecha 19 de enero de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 199/2008), en la que la Sala de la Audiencia Nacional reproducía a su vez, haciéndola suya, la fundamentación de la resolución administrativa sancionadora. Pues bien, esa sentencia que la aquí recurrida transcribe en parte ha sido casada por esta Sala del Tribunal Supremo con fecha de hoy mismo (recurso de casación 940/2012), precisamente por su defectuosa motivación.

Además, la sentencia recurrida no reproduce toda la fundamentación de la sentencia de 19 de enero de 2012, pues deja sin transcribir parte de ella, en concreto las consideraciones relativas a la graduación de la sanción y la vulneración del principio de proporcionalidad, cuestiones que también se suscitaban en el recurso contencioso-administrativo nº 199/2008 resuelto en aquella sentencia. Por ello, en cuanto a este bloque de cuestiones debe afirmarse que la sentencia que ahora examinamos ha incurrido en incongruencia omisiva.

En definitiva, al limitarse la sentencia recurrida a reproducir, y aun eso de manera incompleta, la fundamentación de otra sentencia que ha sido casada por su defectuosa motivación, es claro que la sentencia que ahora examinamos incurre en ese mismo defecto. Y también incurre en incongruencia omisiva con relación a varios puntos de la controversia -en particular los que se refieren a la graduación de la sanción y la alegada vulneración del principio de proporcionalidad- porque estos aspectos no son abordados en la sentencia ni siquiera por la vía de reproducir la fundamentación (ahora sabemos que defectuosa) de otra sentencia anterior.

**TERCERO.-** Establecido así que la sentencia recurrida debe ser casada, por acogimiento de los motivos de casación primero y segundo, debemos entrar a resolver lo que proceda en los términos en que viene planteado el debate ( artículo 95.2.d/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ). Y al abordar esa tarea estaremos también dando respuesta a las cuestiones que se suscitan en los motivos de casación tercero, cuarto y quinto, aunque, en puridad, el acogimiento de los dos primeros motivos de casación hace innecesario el examen de los restantes.

**CUARTO.-** En el fundamento de derecho primero de la demanda se alega la vulneración del derecho a la defensa -se citan con infringidos los artículos 24.2 de la Constitución, 43 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, y 20 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. Aduce la demandante que durante la tramitación del expediente hubo un cambio de imputación, pues en la propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia únicamente se aludía a la conducta consistente en la fijación de tarifas, que Altco habría llevado a cabo junto con la otra asociación sancionada, Trasccont, y luego la resolución sancionadora altera la calificación jurídica de la imputación y la amplía a otros hechos como son los de constituir un cártel y haber establecido límites a la producción, sometiendo a autorización por parte de las juntas de dirección de ambas asociaciones los planes de expansión de flota de sus asociados.

El planteamiento de la recurrente no puede ser acogido.



Ante todo debe destacar que en ningún momento ha habido alteración de la calificación jurídica de la conducta, pues a lo largo del procedimiento se mantuvo constante la imputación de conducta anticompetitiva prohibida en el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia .

Es cierto que en el pliego de concreción de hechos fechado a 18 de octubre de 2006 (folios 1171-1199 del expediente) el reproche referido a Altc ponía el acento en la concertación para la fijación de tarifas; pero ello no significa que fuesen ajenos a Altc las demás facetas de la conducta infractora que se describían en aquel pliego con constitutivos de la conducta infractora, y así lo entendió la propia representación de Altc, que ya en el escrito de "contestación y oposición" que presentó con fecha 10 de noviembre de 2006 (folios 1295-1303 del expediente) alegaba específicamente, destacándolo en un recuadro, que <<AltC, en su calidad de Asociación, no mantiene conductas o comportamientos que tengan por objeto impedir, restringir o falsear la competencia, ya que no fija o acuerda tarifas, no limita la distribución ni reparte el mercado, no impone condiciones de discriminación ni obliga a la aplicación de condiciones desiguales, como no subordina la aceptación de contratos a la aceptación de prestaciones>>. Y en esa línea de defensa abunda la representación de Altc en el escrito de conclusiones que presentó ante la Comisión Nacional de la Competencia con fecha 16 de enero de 2008 (folios 244-258 del expediente), donde, aparte de negar la concertación para la fijación de tarifas, insiste en señalar que << ... ha quedado acreditado que Altc no protege competidores determinados, ni limita la libertad de empresa de sus asociados o transportistas autónomos, ni excluye a competidores en un sector, ni impone ni exige requisitos o cuestiones de sumisión a reglas o posturas ilícitas, como no impone ni somete a personas físicas ni jurídicas a tenor de conductas restrictivas de ningún tipo>>.

Por tanto, no cabe sostener que durante la tramitación del expediente hubiese un cambio en la calificación jurídica de la conducta imputada ni en el título de imputación con relación a Altc, ni puede afirmarse, desde luego, que dicha asociación sufriese indefensión en el curso del procedimiento sancionador. Otra cosa es que la mayor o menor participación de una y otra asociación -Transcont y Altc- en las distintas facetas o manifestaciones de la conducta infractora deba encontrar reflejo en el momento de cuantificar la sanción; pero esta cuestión, de la que nos ocuparemos más adelante, no guarda relación con el cambio de calificación jurídica y consiguiente indefensión que denuncia la demandante.

**QUINTO.-** En los fundamentos tercero y cuarto de la demanda se alega la no fijación por parte de Altc de tarifas de referencia anuales (fundamento tercero) y la no constitución por parte de Altc de un cartel con Transcont (fundamento cuarto).

Por ser de interés para el examen de ambos alegatos, resulta oportuno reproducir aquí alguna de las consideraciones que hemos expuesto en la sentencia dictada con fecha de hoy al resolver el recurso de casación interpuesto por Transcont (casación nº 940/2012 ) acerca de la virtualidad de la prueba indiciaria. Hemos declarado en esa sentencia lo siguiente:

*<< (...) procede ante todo recordar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional ( SsTC 174/1985 , 175/1985 , 229/1988 ) y a la jurisprudencia de esta Sala -sirva de muestra la STS de 6 de noviembre de 2013 (casación 2736/2010 ) y las que en ella se citan de 18 de noviembre de 1996, 28 de enero de 1999 y 6 de marzo de 2000- el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; si bien para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados-no puede tratarse de meras sospechas-y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.*

*En parecidos términos se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, que también ha sostenido que no se opone al contenido del artículo 6.2 del Convenio la utilización de la denominada prueba de indicios ( STEDH de 25 de septiembre de 1992, caso Phan Hoang c. Francia , § 33; de 20 de marzo de 2001, caso Telfner c. Austria , § 5); si bien, cuando se trata de la denominada prueba de indicios la exigencia de razonabilidad del engarce entre lo acreditado y lo que se presume cobra una especial trascendencia, pues en estos casos es imprescindible acreditar no sólo que el hecho base o indicio ha resultado probado sino que el razonamiento es coherente, lógico y racional. Es ésta, como destacábamos en la sentencia antes citada de 6 de noviembre de 2013 (casación 2736/2010 ), la única manera de distinguir la verdadera prueba de indicios de las meras sospechas o conjeturas, debiendo estar asentado el engarce lógico en una «comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes» ( SsTC 45/1997, de 11 de marzo, F. 5 ; 237/2002, de 9 de diciembre, F. 2 ; 135/2003, de 30 de junio , F. 2, entre otras)>>*



Trasladando estas consideraciones al caso que nos ocupa constatamos que la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia ha respetado la exigencia de razonabilidad del engarce entre los hechos acreditados y las conductas anticompetitivas que se declaran probadas. En efecto, los distintos hechos que la resolución considera acreditados -existencia de números identificativos de los camiones, venta o alquiler de tales números, creación de una empresa de facturación, fijación de unas tarifas de referencia y correspondencia de las facturas emitidas con aquellas tarifas, fijación de "turnos de contratación y espera" para regular el tráfico de contenedores- son todos ellos elementos fácticos que, valorados de manera conjunta, permiten razonablemente inferir la existencia de una conducta anticompetitiva, sin que pueda sostenerse que esta conclusión está basada en meras sospechas o conjeturas.

**SEXTO.-** En cuanto a la existencia de concertación para la fijación de tarifas, la representación de la demandante pretende ofrecer su propia valoración sobre los datos y elementos de prueba disponibles; pero su planteamiento no puede ser acogido.

Por lo pronto resulta poco o nada verosímil la explicación que ofrece la representación de Altc en el sentido de que las tarifas de referencia aprobadas y actualizadas anualmente por las asociaciones sancionadas -Altc, aquí recurrente, y Transcont- eran una mera recomendación. Tal explicación choca con el reconocimiento hecho por el Presidente de Transcont, recogido en diferentes medios de prensa, de que "*nuestras tarifas son las mismas para todos y están pactadas con Altc*" (hecho acreditado 13 y fundamento jurídico sexto de la resolución sancionadora); y la pretendida explicación choca también con la constatación de que las tarifas aprobadas han sido efectivamente seguidas por los transportistas (hecho acreditado 12), a lo que se añade la circunstancia de que las tarifas de Altc eran enteramente coincidentes con las de Transcont salvo que aplicando en todos los tramos un incremento del 36% (fundamento jurídico séptimo de la resolución sancionadora).

Esas mismas consideraciones llevan a desestimar también las alegaciones formuladas en el fundamento cuarto de la demanda, donde se niega que Altc haya formado parte de un cartel.

Están debidamente razonadas en la resolución sancionadora, y no han sido desvirtuadas por la demandante, las consideraciones de la Comisión en las que se expone la relevancia de las actas de las dos asociaciones sancionadas -o las notas sustitutivas del acta, en el caso de Transcont-, y de otros documentos incorporados al expediente, además de los mencionados informes de la Autoridad Portuaria y de la Comisaría de Policía del Puerto; todos ellos elementos de prueba que llevan a la Comisión Nacional de la Competencia a considerar acreditada, además de la concertación de tarifas a la que ya nos hemos referido, la existencia de un pacto entre Transcont y Altc para que las juntas directivas de ambas asociaciones decidan sobre el tamaño empresarial de sus asociados (hecho acreditado 19 de la resolución).

Es cierto que algunas de las manifestaciones de la conducta infractora que describe la Comisión Nacional de la Competencia vienen referidas específicamente a Transcont y no a la aquí demandante Altc. Así sucede con la referencias que se hacen en la resolución sancionadora al establecimiento de turnos de contratación y espera para regular el transporte de contenedores y afines (hechos acreditados 1 y 7 y fundamento jurídico sexto de la resolución); la utilización de números de identificación para los camiones y la existencia de un mercado de venta y alquiler de tales números identificativos que operaban así como mecanismo de cierre del mercado y de control de nuevos entrantes (hechos acreditados 3 y 8 y fundamento jurídico quinto de la resolución sancionadora); la creación de la empresa de facturación BCN Transcont ITC como instrumento para disciplinar el cartel (hecho acreditado 10 y fundamento jurídico noveno); y la puesta en marcha de mecanismos disciplinarios contra los miembros de la asociación que no se avenían a cumplir los acuerdos adoptados (hecho acreditado 14 y fundamento jurídico décimo de la resolución sancionadora). Ahora bien, el que no conste acreditada la intervención de Altc en todas y cada una de las manifestaciones de la conducta anticompetitiva no excluye que dicha asociación pueda y debe ser considerada responsable de la infracción, al haber quedado acreditada su participación en otros hechos facetas de la conducta infractora. Ello sin perjuicio de que, como antes hemos señalado, la menor amplitud o intensidad de la participación de Altc en la conducta infractora deba encontrar reflejo, en virtud del principio de proporcionalidad, en la cuantificación de la sanción.

**SÉPTIMO.-** Afirmada así la existencia de la infracción, debemos entrar ahora a examinar la sanción impuesta -multa de 7.600.000 euros-, cuya procedencia y cuantificación son cuestionadas en los fundamentos quinto y sexto de la demanda.

Con una sistemática defectuosa, la representación de Altc combate primero los criterios y parámetros aplicados para cuantificar la sanción (fundamento quinto de la demanda) para luego aducir la violación de los principios de presunción de inocencia y de culpabilidad (fundamento sexto). Invertiremos el orden de las cuestiones.

Ya hemos señalado que la valoración de las pruebas llevada a cabo por la Comisión Nacional de la Competencia está suficientemente razonada y resulta suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia,



al haber puesto de manifiesto la intervención de Altc en la conducta infractora. No cabe entonces considerar vulnerado el principio de culpabilidad, pues el tipo de hechos en los que se considera acreditada su participación -fijación de tarifas y concertación para limitar y controlar el tamaño empresarial de sus asociados- no pueden llevarse a cabo sin la concurrencia del elemento subjetivo de intencionalidad.

En cambio, tiene razón la demandante cuando combate los criterios seguidos por la Comisión Nacional de la Competencia para fijar el importe de la sanción. Veamos.

**OCTAVO.-** La demandante aduce que la cuantificación de la sanción se ha llevado a cabo con arreglo a los criterios y parámetros cuya procedencia o razón de ser no se justifica y que, en todo, caso son distintos a los establecidos en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia ; y que a efectos de sanción la conducta de Altc no es equiparable a la Transcont. Pues bien, desde ahora anticipamos que el motivo de impugnación debe ser acogido en ambos aspectos.

Como referencia legal inexcusable, el citado artículo 10 de la Ley 16/1989 establece en sus dos primeros apartados lo siguiente:

<< *Artículo diez. Multas sancionadoras.*

1. *El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal.*

2. *La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta:*

a) *La modalidad y alcance de la restricción de la competencia.*

b) *La dimensión del mercado afectado.*

c) *La cuota de mercado de la empresa correspondiente.*

d) *El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.*

e) *La duración de la restricción de la competencia.*

f) *La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.[...]>>.*

De la redacción del precepto interesa ahora destacar dos notas: la norma fija un límite máximo de la escala o intervalo sancionador, dentro del cual el importe de las sanciones pecuniarias debía ser concretado atendiendo a la importancia de la infracción según los factores especificados en el apartado 2 del precepto; y, por otra parte, no hay duda de que el límite máximo de la sanción es el 10% "...del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal".

Siendo ese el tenor del precepto legal, sucede que la resolución sancionadora, aunque lo invoca expresamente al comienzo de su fundamento jurídico decimotercero, no se atiene luego a lo establecido en la norma.

Así, después de recordar la resolución administrativa que la cuantía de la multa ha de ponderarse atendiendo a la importancia de la infracción, el fundamento decimotercero señala, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) Para realizar dicha ponderación en el importe de la sanción, la Comisión deberá tener en cuenta los criterios que la LDC establece en su artículo 10.2 LDC , entre ellos la dimensión del mercado afectado, que en el presente supuesto no se circunscribe sólo a la ciudad de Barcelona, sino que alcanza a los mercados del resto de Cataluña y al Nordeste interior de España (Aragón, Navarra y La Rioja, según datos del Puerto de Barcelona); la cuota de mercado de la empresa afectada, para lo cual, partiendo de la respuesta de la Autoridad Portuaria de Barcelona a la diligencia para mejor proveer y considerando la flota total de ambas asociaciones, se calcula una cuota de mercado de no menos del 76%; la importancia de este mercado dado que el Puerto de Barcelona es uno de los de mayor volumen de carga de comercio exterior que se gestiona en toda España y la duración de la conducta, que en el caso presente se habría extendido al menos desde el año 2002, momento en el que existe constancia de situaciones de acoso y boicots a los miembros que no pertenecen al cártel. 1992

[...]. Dada la información que se encuentra disponible, no es posible estimar, si quiera a la baja, el beneficio ilícito de la conducta, pero la combinación de todos los elementos antes referenciados, junto con el tipo de conducta, la cartelización del mercado, lleva a considerar el carácter de esta infracción como muy grave, como hace el artículo 62 de la Ley 15/2007 , que si bien no se aplica al presente expediente, puede servir como



criterio orientativo para determinar la gravedad de la conducta, lo que justificaría incrementar la sanción hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal...>>.

Con ello la resolución sancionadora está invocando y aplicando algunos de los parámetros de graduación que se enuncian en el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, para materializar el principio de proporcionalidad. Sin embargo, la resolución de la Comisión se aparta de lo dispuesto en el apartado 1 del citado artículo, en el que, como hemos visto, se determina que el límite máximo de la sanción es el 10% "...del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal".

En el fundamento decimotercero de la resolución la Comisión Nacional de la Competencia explica el método seguido en este caso para cuantificar la sanción:

<< (...) La importancia de los efectos de un cártel, y de ahí el montante de la sanción, vendrá determinado por la cifra de negocios de quienes forman parte del mismo. A este efecto se procedió, mediante diligencia para mejor proveer, a solicitar tanto a la APB, como a TRANSCONT y ALTC, la información necesaria para intentar estimar el volumen de negocios, no de las asociaciones que, como tales no tienen cifra de negocios, sino de sus asociados, en calidad de responsables últimos de la conducta. No se ha obtenido el volumen de facturación de TRANSCONT en la prestación del servicio de facturación a sus asociados que se solicitó en dicho acto, y en su respuesta, nos ofrecen una estimación porque los documentos originales se encuentran en el juzgado que está instruyendo ciertas denuncias contra la junta directiva de TRANSCONT. Esta estimación es de 907.424 euros para 2005 y representaría, según TRANSCONT al 65% de los socios. La extrapolación al 100% de los socios nos llevaría a 1,4 millones de euros para la totalidad de los asociados a TRANSCONT, cifra, a todas luces inverosímil, aun desconociendo cuál es la facturación media de dicho 65%, si comparamos con las estimaciones realizadas y que a continuación se exponen.

De dicha información hemos obtenido tanto el número de socios como la flota de camiones total de ambas asociaciones para el año 2006. También disponemos del número estimado de la APB respecto a la totalidad de contenedores que entran y salen, llenos o vacíos, del recinto portuario de Barcelona. Este último dato nos ha permitido estimar que cada camión puede efectuar de media 1,4 servicios al día, en contra de los que declara TRANSCONT, para quien es poco habitual que un mismo camión pueda realizar dos servicios al día. También constan en el expediente una serie de facturas mensuales de autónomos, a través de las cuales se ha podido estimar la media mensual de facturación de un autónomo, que extrapolando a un año y a la totalidad de los miembros de TRANSCONT nos daría un volumen de facturación para el conjunto de miembros de esta asociación de 73,4 millones de euros. En el caso de la facturación imputable a los miembros de ALTC, con la misma metodología, es decir partiendo del volumen de facturación declarado de empresas pertenecientes a ALTC y considerando la totalidad de la flota de camiones de la misma estaríamos ante un volumen de facturación de 76 millones de euros.

Para contrastar estas estimaciones, y valorar la verosimilitud de su orden de magnitud, se cuenta con dos valores. Uno de ellos es el aportado por la APB en un estudio de valoración del impacto económico producido por una huelga del transporte de contenedores en el puerto de Barcelona, en el que para el año 2000 se cifra en 597 millones de euros el volumen de ingresos por las ventas de servicios prestados al tráfico de contenedores. El otro es la estimación en la que el TDC basó la sanción en el expediente 560/00 Transportes Mercancías Vizcaya, que consideraba un volumen de negocio de 120 millones de euros para un movimiento de camiones al año de 188.000 camiones movidos por los imputados. Teniendo en cuenta que en este caso el movimiento de camiones de ambas asociaciones se estima en 486.000, las estimaciones realizadas por este CNC resultan moderadas porque se encuentran notablemente por debajo de ambos valores.

Dada la diferencia de cifras y a pesar de la notable diferencia entre las estimaciones de la CNC y las aportadas por la APB en el cálculo del impacto de la huelga, la CNC ha considerado oportuno tomar como base las estimaciones realizadas por ella sobre las declaraciones reales de facturación que los autónomos han aportado al expediente, así como la de empresas de transporte. Es decir, 73,4 millones para los asociados a TRANSCONT y 76 millones para los asociados a ALTC, y por tanto el 10% de dichas cifras nos da las sanciones aplicables a cada una: 7,34 millones de euros para TRANSCONT y 7,6 millones de euros para ALTC>>

La resolución sancionadora no especifica a qué año se refería el volumen de negocios sobre el que se recabó información mediante diligencia para mejor proveer; pero examinada en el expediente administrativo esta diligencia para mejor proveer fechada a 17 de enero de 2008 (folios 259-260 del expediente) se constata que allí se pedía a la Autoridad Portuaria información sobre el número de camiones que habían entrado y salido del puerto y el número de contenedores cargados y descargados "durante 2005 y 2006"; y en la misma diligencia de pedía a las asociaciones Altc y Transcont que informasen sobre el número de asociados y el número de camiones de cada asociado "en los años 2005 y 2006", pidiéndose también a Transcont que informase sobre



la facturación total de la empresa instrumental BCN Transcontiberica de Transportes durante todo el período que estuvo activa. Vemos así que la Comisión Nacional de la Competencia no recabó información sobre el volumen de ventas correspondiente al año 2007, que es el ejercicio anterior a la fecha de la resolución.

La resolución explica que por esa vía (diligencia para mejor proveer) no obtuvo información directa acerca del volumen de facturación sino una estimación realizada por la propia Transcont que la resolución rechaza por considerarla "a todas luces inverosímil". La Comisión Nacional de la Competencia procede entonces a realizar su propia estimación partiendo para ello de datos de distinta procedencia y referidos a anualidades diferentes, pues la información que utiliza sobre el número de socios y la flota de camiones corresponde al año 2006 mientras que estudio de valoración del impacto económico producido por una huelga del transporte de contenedores en el puerto de Barcelona viene referido al año 2000.

De este modo, conjugando datos de distinta procedencia y referidos a anualidades diferentes, la Comisión Nacional de la Competencia concluye su estimación señalando que la facturación de los asociados a Transcont es de 73?44 de euros y la de los asociados a Altc de 76 millones. La resolución no especifica a qué año vienen referidas tales estimaciones de facturación; pero es claro que no pueden corresponder al año 2007, pues, como acabamos de señalar, ninguno de los datos utilizados por la Comisión en sus cálculos se refiere a ese ejercicio. En fin, sobre esas cifras de facturación estimadas aplica el 10%, resultando de ello el importe de las multas de 7,34 millones de euros para Transcont y 7,6 millones de euros para Altc.

No podemos asumir el modo de proceder que acabamos de describir pues el precepto legal señala con claridad que el límite máximo de la sanción es "*... el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal*", lo que significa que en este caso debe estarse al volumen de ventas del año 2007, sin que la norma habilite al órgano sancionador para sustituir esa referencia temporal por otra distinta, ni le autoriza a que proceda a la estimación del volumen de ventas mediante la conjugación y extrapolación de datos de procedencia tan dispar y referidos a anualidades diferentes.

En fin, la resolución impugnada también resulta contraria a derecho al no establecer diferenciación alguna entre las asociaciones imputadas a la hora de graduar la sanción que se impone a cada una de ellas. Como antes hemos señalado, el que no conste acreditada la intervención de Altc en todas las actividades que conforman la actividad del cartel pone de manifiesto la menor amplitud e intensidad de la participación de Altc en la conducta infractora, lo que debe encontrar reflejo en la cuantificación de la sanción en virtud del principio de proporcionalidad ( artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ).

**OCTAVO.-** En virtud de lo expuesto en los apartados anteriores, procede que declaremos haber lugar al recurso de casación, por acogimiento de los motivos de casación primero y segundo. Y entrando entonces a resolver, una vez casada la sentencia recurrida, procede estimar en parte el recurso contencioso-administrativo, debiendo anularse la resolución sancionadora impugnada únicamente en lo que se refiere al importe de la multa, por haber sido determinado a partir de un método de cálculo no ajustado derecho y por no haber tomado en consideración el menor grado e intensidad de la participación de Altc en la conducta infractora; debiendo ordenarse a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios de los asociados a Altc en el año 2007, sin que en ningún caso pueda resultar un importe superior al de la multa que ahora se anula.

**NOVENO.-** De conformidad con lo dispuestos en el artículo 139, apartados 1 y 2, de la Ley reguladora de esta Jurisdicción , no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación ni de las del proceso de instancia.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción ,

## FALLAMOS

1.- Ha lugar al recurso de casación nº 4182/2012 interpuesto en representación de la ASOCIACIÓN LOGÍSTICA DE TRANSPORTISTAS DE CONTENEDORES (ALTC) contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de octubre de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 2430/2008 ), que ahora queda anulada y sin efecto.

2.- Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de ALTC contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 1 de abril de 2008 en la que se impone a la asociación recurrente una multa de 7.600.000 euros; y anulamos la referida resolución únicamente en cuanto se refiere a la cuantía de la multa, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios de los asociados a ALTC en el año 2007 y teniendo en



cuenta el menor grado e intensidad de la participación de ALTC en la conducta infractora, sin que en ningún caso pueda resultar una sanción por importe superior al de la multa que ahora se anula.

3.- No hacemos imposición de costas en el proceso de instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en el recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Pedro Jose Yague Gil Manuel Campos Sanchez-Bordona Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ