TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
Sección: TERCERA

SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 16/12/2015

RECURSO CASACION

Recurso Núm.: 1973/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Votación: 01/12/2015

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

Escrito por: PJM

Nota:

**DEFENSA DE LA COMPETENCIA (expte. sancionador S/0120/08 de la CNC Transitarios): imposición de multa por conducta colusoria prohibida por arts. 1 Ley 15/07 de Defensa de la Competencia y 101 TFUE.
RHENUS IHG IBÉRICA S.A.
Estimación de casación y desestimación de recurso contencioso-administrativo.**

RECURSO CASACION Num.: 1973/2014

Votación: 01/12/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Eduardo Espín Templado

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

SENTENCIA

**TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: TERCERA**

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Pedro José Yagüe Gil

Magistrados:

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

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

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1.973/2.014, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Nacional en fecha 15 de abril de 2.014 en el recurso contencioso-administrativo número 572/2.010, sobre

expediente sancionador de la Comisión Nacional de la Competencia S/0120/08.

Son partes recurridas RHENUS IHG IBÉRICA, S.A., representada por la Procuradora D^a Isabel Afonso Rodríguez, y DSV AIR & SEA, S.A.U., representada por el Procurador D. José Luis García Guardia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 15 de abril de 2.014, estimatoria del recurso promovido por Rhenus Logistics, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 31 de julio de 2.010 que resolvía el expediente S/0120/08. La misma, en lo que respecta a la demandante, declaraba que había quedado acreditada la existencia de una conducta colusoria prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en los términos descritos en los fundamentos de derecho 4^o, 5^o y 6^o de la resolución, declarando responsable de la misma, entre otras mercantiles, a la demandante, a la que imponía una multa de 5.076.000 euros.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la Administración demandada presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de instancia de fecha 23 de mayo de 2.014, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones tras haberse efectuado los emplazamientos, se han entregado las mismas al Abogado del Estado

para que manifestara si sostenía el recurso de casación, habiendo presentado en el plazo otorgado el escrito por el que interpone dicho recurso, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, formulado al amparo del apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y de las que rigen los actos y garantías procesales, en concreto de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución, del artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y
- 2º, que se basa en el apartado 1.d) del citado artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por infracción de los artículos 1 y 61 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 130.2 del Código Penal, y de los artículos 40 y 182.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, del artículo 22 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como de la jurisprudencia.

Finaliza su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida, y se dicte en su lugar otra más conforme a derecho, por la que se declare la plena conformidad a derechos de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 31 de julio de 2.010 que la misma dejó sin efecto, con lo demás que sea procedente.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 18 de septiembre de 2.014.

CUARTO.- Personada Rhenus IHG Ibérica, S.A., su representación procesal ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte resolución por la que se inadmita o, subsidiariamente, se desestime íntegramente el mismo, confirmando la sentencia de instancia por su conformidad al ordenamiento jurídico; todo

ello con expresa imposición de costas a la parte recurrente en casación, por ser preceptivas.

La representación procesal de Dsv Air & Sea, S.A.U. no ha presentado escrito de oposición en el plazo concedido.

QUINTO.- Por providencia de fecha 23 de octubre de 2.015 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 1 de diciembre de 2.015, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **EDUARDO ESPÍN TEMPLADO**, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

La Administración del Estado impugna la Sentencia dictada el 15 de abril de 2.014 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en materia de defensa de la competencia. La Sentencia recurrida estimó el recurso contencioso administrativo entablado por la sociedad mercantil Rhenus Logistics, S.A., contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 31 de julio de 2.010, que declaró la comisión por la recurrente y otras empresas del mismo ramo de actividad de una infracción anticompetitiva por conducta colusoria y sancionó a Rhenus Logistics, S.A. con una multa de 5.076.000 euros.

El recurso se articula mediante dos motivos. El primero de ellos se ampara en el apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. En él se aduce la infracción de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución, 248.3 de la

Ley Orgánica del Poder Judicial y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por fundarse la Sentencia impugnada en apreciaciones erróneas y manifiestamente irrazonables en lo que respecta a la evolución empresarial de Rhenus Logistics, dado que no existió sucesión entre empresas, sino un simple cambio de denominación.

El segundo motivo se acoge al apartado 1.d) del citado artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. En el mismo se alega la infracción de los artículos 1 y 61 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio), en relación con el 130.2 del Código Penal; 40 y 182.3 de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre); artículo 22 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (Ley 3/2009, de 3 de abril); 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; así como, finalmente, de la jurisprudencia aplicativa de los referidos preceptos.

Entiende el representante de la Administración que aun en el supuesto de que la compra del Grupo IHG por el Grupo Rhenus se tratase de una sucesión empresarial, las normas aplicables y la jurisprudencia determinan que en ciertos supuestos una empresa debe responder de los actos cometidos por otras formalmente diferentes, como sucedería en el presente caso con las conductas anticompetitivas sancionadas.

Reclama la parte recurrida la inadmisión de ambos motivos, que ha de ser rechazada. En cuanto al primer motivo, pues la argumentación del mismo puede incardinarse, al menos parcialmente, en la formulación del motivo realizada en el escrito de preparación. En lo que respecta al segundo motivo, aunque ciertamente la justificación es escueta y bastante inespecífica, si se refiere a la infracción material de alguno de los preceptos invocados.

SEGUNDO.- Sobre los fundamentos de la Sentencia impugnada.

En lo que al recurso de casación atañe, la Sentencia impugnada justifica la estimación del recurso contencioso administrativo en las siguientes razones:

"OCTAVO: Alega la actora en su siguiente motivo el error en la imputación de la supuesta infracción.

Señala que Rhenus Logistics no participó en ninguna de las reuniones con representantes de las demás empresas sancionadas y que tal y como se recoge en los párrafos 279 y 280 del PCH a partir de enero de 2007 y coincidiendo con el cambio de control de la empresa la actora se apartó de lo que venían haciendo las empresas investigadas, lo que claramente supuso una ruptura de la continuidad económica y funcional entre la empresa inicial y su sucesor, criterio considerado un "*factor determinante*" por la Comisión Europea en el asunto Polipropileno al analizar qué empresa había realizado o adoptado el comportamiento ilícito.

A estos efectos, alega que tal y como se desprende de la jurisprudencia, la empresa adquirente debe ser únicamente responsable de la conducta de su filial desde el momento de su adquisición, si mantiene ésta la conducta anticompetitiva. Por tanto, teniendo en cuenta que a partir del momento de su adquisición por el Grupo Rhenus la filial española dejó de participar en cualquier conducta anticompetitiva no se le puede imputar responsabilidad por las presuntas prácticas anticompetitivas cometidas por IHG Logistics Ibérica y Hamann.

La DI manifiesta en su PCH respecto a Rhenus lo siguiente:

"(427) RHENUS LOGISTICS, S.A. (anteriormente HAMANN INTERNATIONAL, S.A., para posteriormente denominarse IHG LOGISTICS IBERIA, S.A.) es propiedad al 75,1% de RHENUS SOUTH EUROPE, S.L.U., estando el resto de su capital social en manos de QUINTUS AG.

(428) De acuerdo con lo acreditado en este PCH y lo dispuesto en el artículo 61 de la LDC, se considera que las infracciones descritas en el apartado 4 de este PCH son imputables a RHENUS LOGISTICS, S.A. y a su matriz RHENUS SOUTH EUROPE, S.L.U., desde el 3 de octubre de 2000 hasta el 15 de febrero de 2007, última reunión a la que asiste y en la que manifiesta públicamente a las demás empresas participantes en el cártel su decisión de no acudir a ninguna reunión más y dar por finalizada su participación en el cártel".

El Consejo está de acuerdo con la Dirección de Investigación en que RHENUS LOGISTICS, S.A, como sucesora de IHG LOGISTICS IBERIA, S.A. y anteriormente HAMANN INTERNATIONAL, S.A. es responsable de la conducta por la totalidad del periodo de duración de la misma puesto que existe una continuidad económica como empresa entre ellas y puesto que lo contrario supondría eludir la responsabilidad de la infracción cometida.

La actora alega que en Julio de 2006 Rhenus adquiere IHG y, según los abogados, llevó a cabo una significativa reorganización interna con importantes cambios en su dirección. En concreto, salieron de la empresa [CONFIDENCIAL] el Consejero Delegado y el Director General de IHG Logistics Iberica y de la anterior Hamman, Sr. xxx y Sr. xxx respectivamente.

Su sustituto, el xxx asistió a una reunión de ese tipo el 16 de febrero de 2007 pero durante la misma no se trataron temas relativos a prácticas anticompetitivas sino temas generales del sector (Registro de Morosos, Estatuto del Autónomo,

informatización del Puerto de BCN, organización del SIL 2007). Después de ello el Sr. xxx transmitió su decisión de no participar en otras reuniones de ese tipo, según se declara, porque los temas tratados no eran del interés de la empresa (folio 8252).

Rhenus alega que por ello no tenía conocimiento de las prácticas analizadas en este expediente cuando recibió el acuerdo de incoación. Realizó acerca de ellas una investigación interna. *"Los resultados de dicha investigación indicaron la ausencia de prácticas anticompetitivas en la totalidad de los mercados y zonas de España. No obstante, se detectó que los señores xxx y xxx habían participado en una serie de reuniones con competidores en la zona de Barcelona"*. No queda documentación de ello en la empresa ni los señores xxx y xxx transmitieron información de las reuniones a terceros.

No obstante, el Consejo si admite el argumento de que la toma de control de IHG por Rhenus conllevó un proceso de reorganización interna con importantes cambios en su dirección, entre otros, la salida de las dos personas que habían tenido un papel protagonista como representantes, primero de Hamman y luego de IHG, en el cártel. La entrada del nuevo equipo en la filial española no se produce hasta [CONFIDENCIAL] y coincide que es entonces cuando comunica explícitamente al resto de empresas que abandona el grupo. En estas circunstancias, no cabe presumir que Rhenus South Europe SLU haya tenido una influencia decisiva sobre su filial durante la vigencia de la conducta infractora y, además, existen indicios más que razonables acerca de que el cambio de control haya facilitado el fin de la conducta infractora por parte de la actual Rhenus Logistics S.A. Por tanto, entiende el Consejo que no procede atribuir a Rhenus South Europe SLU responsabilidad en la conducta infractora de su actual filial.

Es decir, el Consejo parte del hecho de que la toma de control de IHG por Rhenus conllevó un proceso de reorganización interna con importantes cambios en su dirección, las cuales facilitaron el fin de la conducta infractora por parte de la actora, pero tal circunstancia solo le lleva a exonerar de responsabilidad a la matriz pero no a la filial, que es la que acometió dicho proceso de reorganización, con la salida de las dos personas que habían tenido un papel protagonista como representantes, primero de Hamman y luego de IHG, en el cártel, coincidiendo la entrada del nuevo equipo en la filial española cuando se comunica explícitamente al resto de empresas que abandona el Grupo y poniendo fin a las prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por su antecesoras.

Consta en el expediente y así ha sido recogido en la resolución impugnada que con posterioridad a que Rhenus tomase el control de IHG, julio de 2006, se sucedieron las siguientes reuniones: la de 4 de septiembre de 2006 en la que Rhenus no participó, y las de 28 de noviembre de 2006 y la de 15 de febrero de 2007, en las que si participó, si bien en esta última lo hizo a través de un nuevo representante y para comunicar explícitamente que abandonaba el Grupo.

Por tanto todas las referencias que la resolución impugnada hace a Rhenus en cuanto a su participación en el cártel, con anterioridad a la fecha en que Rhenus toma el control de Hamman y luego de IHG, deben entenderse realizadas no a dicha empresa sino a sus antecesoras, que fueron las que en su caso participaron de la conducta sancionada.

La CNC ha tomado en consideración el hecho de la toma de control y la existencia de la reorganización interna acometida por Rhenus, los cambios en su dirección, la salida de dos personas que habían tenido un papel protagonista como representantes de Hamman y luego de IHG, en el cártel pero no anuda a ello efecto alguno respecto de la actora y si solo de la empresa matriz.

Por lo tanto es necesario determinar a tales efectos cuál es el tratamiento que a este problema jurídico, da la jurisprudencia.

A) Tribunal de Justicia de la UE.

Sentencia del TJ de 16 de noviembre de 2000 , c-279-98:

"78 En efecto, incumbe, en principio, a la persona física o jurídica que dirigía la empresa afectada en el momento en que se cometió la infracción responder por ella, aun cuando en el momento de adoptarse la Decisión por la que se declara la existencia de la infracción la explotación de la empresa estuviera bajo la responsabilidad de otra persona.

79 En el caso de autos, de la sentencia recurrida resulta que Djupafors y Duffel participaron de manera independiente en la infracción desde mediados de 1986 hasta que fueron adquiridas por la recurrente en marzo de 1989 (véase el apartado 18 de la sentencia recurrida). Además, estas sociedades no fueron pura y simplemente absorbidas por la recurrente, sino que continuaron sus actividades como filiales de esta última. En consecuencia, han de responder ellas mismas de su conducta infractora anterior a su adquisición por la recurrente, sin que ésta pueda ser considerada responsable de dicha conducta.

80 En consecuencia, procede constatar que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al considerar a la recurrente responsable de las infracciones cometidas por Duffel y Djupafors con anterioridad a su adquisición y anular, por esta razón, la sentencia recurrida."

Sentencia del TJ de 11 de diciembre de 2007 , c-280-06:

"40 Por lo que se refiere a la cuestión de determinar en qué circunstancias una entidad que no es la autora de la infracción puede, sin embargo, ser sancionada por ella, procede observar, en primer lugar, que está comprendida dentro de ese supuesto la situación en la que la entidad que ha cometido la infracción ha dejado de existir jurídicamente (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 145) o económicamente. Sobre este último aspecto, procede considerar que existe el riesgo de que una sanción impuesta a una empresa que continúa existiendo jurídicamente, pero que ya no ejerce actividades económicas, pueda carecer de efecto disuasivo...

42 Por consiguiente, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, cuando una entidad que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas entidades (véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de marzo de 1984, Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink/Comisión, 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679, apartado 9, y Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 59).

43 Conforme a esta jurisprudencia, las respectivas formas jurídicas de la entidad que ha cometido la infracción y de su sucesora carecen de pertinencia. La imposición de la sanción por la infracción a esta sucesora no puede, por tanto, excluirse por el mero hecho de que, como ocurre en los procedimientos principales, ésta tenga otra naturaleza jurídica y opere con arreglo a modalidades distintas de las de la entidad a la que ha sucedido...

46 Por lo que se refiere a la cuestión de determinar si un caso como el de los procedimientos principales responde a las circunstancias en las que una entidad económica puede ser sancionada por la infracción cometida por otra entidad, procede señalar, en primer lugar, que el hecho de que la AAMS carezca de personalidad jurídica (véase el apartado 6 de la presente sentencia) no constituye un elemento que permita justificar la imposición a su sucesora de la sanción por la infracción cometida por aquella....

48 A este respecto, procede recordar que, cuando dos entidades constituyen una misma entidad económica, el hecho de que la entidad que cometió la infracción

exista aún no impide, por sí mismo, que la entidad a la que aquélla transfirió sus actividades económicas sea sancionada (véase, en este sentido, la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartados 355 a 358).

49 En particular, imponer de esta forma la sanción es admisible cuando esas entidades han estado bajo el control de la misma persona y, habida cuenta de los estrechos vínculos que las unen desde el punto de vista económico y organizativo han aplicado, esencialmente, las mismas instrucciones comerciales.

50 En los procedimientos principales, ha quedado acreditado que, cuando llevaron a cabo sus comportamientos infractores, tanto la AAMS como el ETI pertenecían a la misma entidad pública, es decir, el Ministerio italiano de Economía y Hacienda.

51 Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, cuando participaron en la concertación con respecto al precio de venta de los cigarrillos, la AAMS y el ETI se encontraban bajo la tutela de esta entidad pública. Si así fuera, procedería declarar que el principio de la responsabilidad personal no se opone a que la sanción por la infracción iniciada por el AAMS y continuada por el ETI se imponga globalmente a este último."

Sentencia TJ de 10 de septiembre de 2009, asunto C 97/08:

"55 El Tribunal de Justicia también ha precisado que, en este mismo contexto, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C 217/05, Rec. p. I 11987, apartado 40).

56 Cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre competencia, le incumbe a ella, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C 49/92 P, Rec. p. I 4125, apartado 145; de 16 de noviembre de 2000, Cascades/Comisión, C 279/98 P, Rec. p. I 9693, apartado 78, así como de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C 280/06, Rec. p. I 10893, apartado 39).

57 La infracción del Derecho comunitario de la competencia debe imputarse sin equívocos a una persona jurídica a la que se pueda imponer multas y el pliego de cargos debe dirigirse a esta última (véase, en este sentido, las sentencias Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 60, y de 3 de septiembre de 2009, Papierfabrik August Koehler y otros/Comisión, C 322/07 P, C 327/07 P y C 338/07 P, apartado 38). Asimismo, es necesario que el pliego de cargos indique en qué condición se recriminan a una persona jurídica los hechos alegados.

58 Según reiterada jurisprudencia, el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz (véanse, en este sentido, las sentencias Imperial Chemical Industries/Comisión, antes citada, apartados 132 y 133; Geigy/Comisión, antes citada, apartado 44; de 21 de febrero de 1973, Europemballage y Continental Can/Comisión, 6/72, Rec. p. 215, apartado 15, así como Stora, apartado 26), teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas (véanse, por analogía, las citadas sentencias Dansk Rørindustri y otros/Comisión, apartado 117, así como ETI y otros, apartado 49)."

Sentencia TJ 20 de enero de 2011, c - 90-09:

"101 A este respecto y por lo que se refiere, en primer lugar, a la instrucción impartida por RQ a GQ, debe señalarse que, tal como se desprende de los autos, esta instrucción tenía carácter general y no se dirigía exclusivamente a GQ sino al conjunto de las sociedades del grupo, y que fue comunicada dos años y medio después de que cesara la conducta contraria a la competencia imputada a GQ.

102 Ciertamente, estos elementos parecen constituir indicios de que ni se tenía conocimiento de la infracción imputada a GQ, ni se participó en la misma, ni se incitó a cometerla. No obstante, y en contra de lo sostenido por las recurrentes, la circunstancia que permite que la Comisión imponga una multa a una sociedad matriz no consiste ni en el hecho de que esta matriz haya incitado a su filial a cometer una infracción de las normas de la Unión en materia de competencia ni en el hecho de que la matriz tenga una implicación directa en la infracción cometida por su filial, sino en el hecho de que estas dos sociedades constituyan una misma unidad económica y, en consecuencia, formen una única empresa en el sentido del artículo 81 CE (véase, en este sentido, la sentencia Akzo Nobel y otros/Comisión, antes citada, apartados 59 y 77).

103 Por consiguiente, procede señalar que, en el presente caso, la mera circunstancia de que RQ, por una parte, sólo tuviera conocimiento de la infracción tras la inspección realizada en las instalaciones de GQ el 27 de septiembre de 2002 y, por otra parte, no hubiera participado directamente en esta infracción ni hubiera incitado a cometerla no permite demostrar que estas dos sociedades no constituyen una misma unidad económica. En consecuencia, tal circunstancia no es suficiente para desvirtuar la presunción de que RQ ejerce efectivamente una influencia decisiva en el comportamiento de GQ.

104 Por lo que se refiere, en segundo lugar, a las alegaciones relativas a la supuesta autonomía de los directivos de GQ a la hora de definir y ejecutar la política comercial de esta sociedad, debe señalarse que los elementos aportados por las recurrentes en este sentido no prueban que GQ determinaba de manera autónoma su conducta en el mercado y que, en consecuencia, no constituía junto a RQ una unidad económica. En efecto, si bien es cierto que determinados documentos presentados por las recurrentes demuestran que se habían delegado a favor de los directivos de GQ múltiples facultades de gestión, dirección y administración de esta sociedad, no es menos cierto que otros elementos que obran en autos ponen de manifiesto la existencia de una intervención significativa de RQ en diferentes aspectos de la estrategia y la política comercial de GQ."

Al margen de las citadas sentencias, se analiza la culpabilidad y el principio de personalidad de las sanciones, en relación con la responsabilidad de la matriz por actos de las filiales, en las sentencias de 29 de septiembre de 2011 , Elf Aquitaine/Comisión ; de 20 de enero de 2011, General Química y otros/ Comisión; de 8 de mayo de 2013 , c-508/11 ; y de 18 de junio de 2013 , Fluorsid SpA. En esta última sentencia se afirma:

"57 Es cierto que el concepto de empresa, en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, debe entenderse en el sentido de que designa a una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. Ahora bien, cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre competencia, conforme al principio de responsabilidad personal, esta infracción debe imputársele sin equívocos a una persona jurídica a la que se pueda imponer multas, y el pliego de cargos y, con mayor motivo, la decisión final, deben dirigirse a esta última indicando en qué condición se recriminan a esta persona jurídica los hechos alegados (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel y otros/Comisión, C 97/08 P, Rec. p. I 8237, apartados 54 a 57, y la jurisprudencia citada; conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto en el que recayó dicha sentencia, Rec. p. I 8241, apartado 37)."

B) El Tribunal Constitucional, ha contemplado también el problema de la responsabilidad de las personas jurídicas. Así en la sentencia de 19 de diciembre de 1991, recurso de amparo 246/19, se afirma:

"Al respecto, debemos recordar ahora que si bien es cierto que este Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado (STC 18/1987 por todas), no lo es menos que también hemos aludido a la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al derecho administrativo sancionador se trata. Esta operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza (STC 22/1990). En concreto, sobre la culpa, este Tribunal ha declarado que, en efecto, la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal y ha añadido que, sin embargo, la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo (STC 150/1991). Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/1990).

Incluso este Tribunal ha calificado de «correcto» el principio de la responsabilidad personal por hechos propios - principio de la personalidad de la pena o sanción- (STC 219/1988). Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho Administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente caso se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma"

NOVENO : De la jurisprudencia recogida, se desprende, sin lugar a dudas, que es posible la sucesión entre personas jurídicas de la responsabilidad por infracciones cometidas por una de ellas, así como, que el principio de culpabilidad y de la personalidad de las sanciones, sufre modulaciones en tales casos, en relación a estos mismo principios aplicados a personas físicas.

Estas afirmaciones son indiscutibles por reiteradas. Ahora bien, el problema que se plantea, no es si una persona jurídica puede responder de las infracciones de otra, que si puede, sino en qué casos el ordenamiento jurídico permite esta responsabilidad; o, lo que es lo mismo, cuales son las modulaciones que los mencionados principios sufren en su aplicación a las personas jurídicas.

Fuera de toda duda está, que existe responsabilidad cuando ha existido fraude de ley o abuso del derecho. También lo está que la doctrina del alzamiento del velo, elaborada por la Sala Primera del TS es aplicable a estos supuestos. Pero lo que no se ha afirmado en el presente procedimiento por ninguna de las partes, es que la adquisición de Rhenus de Hamman e IHG, se hiciese para eludir la responsabilidad

de estas últimas o con cualquier finalidad contraria a Derecho. Por tanto, partiendo de la legitimidad de la operación antes descrita, podemos excluir del análisis las situaciones patológicas en los cambios estructurales de empresas, máxime cuando la propia CNC reconoce un "proceso de reorganización interna con importantes cambios en su dirección, que facilitaron el fin de la conducta infractora."

La Administración afirma la transmisión de la responsabilidad a la entidad adquirente, basándose en la exclusiva idea de la sucesión universal, que implica, a su juicio, título suficiente para dicha transmisión. Y este planteamiento es precisamente el que rechazamos, pues no implica una modulación de los principios de culpabilidad y personalidad de las infracciones y sanciones, sino su plena exclusión, y entendemos que no existe base normativa o jurisprudencial para tal completa exclusión de estos principios respecto de la actora.

De los párrafos de las sentencias trascritas y de los razonamientos contenidos en las sentencias que se citan en las que se analizan las responsabilidades de las matrices respecto de actos de las filiales, podemos extraer las siguientes ideas centrales de la construcción doctrinal que nos ocupa:

a) El TJ reconoce claramente el principio de responsabilidad personal y culpabilidad como informador del Derecho Europeo, y analiza como ha de aplicarse en relación a las personas jurídicas.

b) Considera como criterio definidor para establecer la responsabilidad infractora, las situaciones que constituyen "unidad económica" cualquiera que sea la estructura jurídica, y la "unidad de decisión". Aplica este criterio claramente a los grupos de empresas. En el caso de sucesión de empresa, considera también los elementos de la existencia de una "entidad económica", bajo "control de una misma persona" (esto es, unidad de decisión), y "estrechos vínculos organizativos y económicos".

c) Los cambios jurídicos y organizativos, no implican necesariamente el nacimiento de una forma jurídica exenta de responsabilidad. La sucesora no se excluye por el mero cambio.

d) Cuando una entidad económica adquiere otra u otras, y las adquiridas siguen existiendo como filiales, la adquirente no responde por actos de aquellas de los que fue totalmente ajena.

En resumen, se admite la transmisión en la responsabilidad sancionadora tanto de filiales a matrices, como a las sucesoras de las entidades infractoras. No se renuncia a la aplicación a las personas jurídicas, de los principios de culpabilidad y responsabilidad personal o personalidad de las sanciones. Por ello, la transmisión se articula sobre las ideas de "unidad económica" (son ilustrativas en este punto las reflexiones contenidas en algunas de las sentencias que hemos citado sobre la atribución de recursos entre las empresas del grupo); "unidad de decisión", pues la imputación por la infracción se realiza al centro decisorio del que deriva la voluntad y por ello la culpa en la infracción; "vínculos organizativos y económicos" porque implican coordinación en la acción económica y empresarial.

En todos los casos en que se admite por la jurisprudencia europea la transmisión de las sanciones entre personas jurídicas, existe un punto de conexión, o en la organización jurídica o económica, o en la decisión. Aplicando estas ideas centrales al caso de cambios estructurales de empresas, parece claro que la sociedad absorbente ha de responder de la sanción impuesta a la absorbida cuando de alguna manera tuviese vínculos, jurídicos económico u organizativos, con la sancionada, al tiempo de la comisión de la infracción. También parece claro, dada la importancia que la jurisprudencia europea da al elemento de "unidad de decisión", admitir la transmisión de las sanciones a la absorbente, cuando esta mantiene total o parcialmente la composición de los órganos decisorios de la absorbida; pues lo

que realmente se mantiene es el elemento volitivo de la entidad infractora, y, con ello, podemos afirmar la existencia de una unidad decisoria en la absorbida y absorbente que justifica la asunción por ésta de la responsabilidad sancionadora. En el caso que ahora nos ocupa, ha ocurrido precisamente lo contrario Rhenus una vez adquirió a sus antecesoras, acometió un proceso de reorganización que culminó con la salida de las dos personas que habían tenido un papel protagonista como representantes, primero de Hamman y luego de IHG, en el cártel, tuvo lugar la entrada del nuevo equipo en la filial española y se comunica explícitamente al resto de empresas que abandona el Grupo y todo ello se produjo en el lapso temporal transcurrido entre julio de 2006 y febrero de 2007, en que Rhenus comunica que abandona el grupo con anterioridad a la fecha de incoación del procedimiento sancionador, que se produjo el 17 de noviembre de 2008 tras presentar ABX Logistics España SA solicitud de exención del pago de la multa." (fundamentos jurídicos octavo y noveno)

TERCERO.- Sobre el primer motivo, referido a la motivación.

En el primer motivo la Administración del Estado alega que la Sentencia recurrida ofrece una motivación claramente errónea e irrazonable, ya que supone que se ha producido una sucesión de empresas y que la Comisión Nacional de la Competencia ha sancionado a Rhenus Logistics por ser sucesora de IHG, siendo así que no existió sucesión sino simplemente un cambio de la denominación social de la entidad responsable en la conducta infractora.

El motivo ha de ser desestimado, ya que la Sentencia está extensa y suficientemente motivada, sin que pueda ser tachada de arbitraria o basada en error fáctico patente. Así, su conclusión en el sentido de que la adquisición por parte del grupo Rhenus Logistics de la empresa IHG que participó en el cártel, la reorganización interna de ésta, el cambio en su denominación y el cese en la conducta infractora, son circunstancias que originan necesariamente una modulación en los principios de culpabilidad y personalidad en el ámbito sancionador, es una apreciación que podrá ser jurídicamente errónea, pero no puede ser tachada de manifiestamente irrazonable o basada en error de hecho sobre la naturaleza del cambio empresarial producido.

CUARTO.- Sobre la sucesión en la responsabilidad empresarial.

En el segundo motivo la Administración arguye, como ya se avanzó, que la empresa sancionada Rhenus Logistics es responsable de la conducta anticompetitiva llevada a cabo en su anterior etapa bajo la denominación IHG Logistics y entiende que, en realidad, no ha habido tanto una sucesión empresarial cuanto una mera reorganización y cambio de denominación.

Tiene razón el Abogado del Estado en cuanto a que Rhenus Logistics ha de asumir la responsabilidad por la conducta de IHG Logistics y hemos de estimar el motivo. Debemos reseñar en primer lugar, que la actividad infractora por la que se impuso sanción a un conjunto de empresas dedicadas a las actividades de transporte internacional se desarrolla, según los hechos declarados probados en la resolución sancionadora y asumidos por la Sentencia de instancia, entre los años 2.000 y 2.008.

Por otra parte, consta también que IHG Logistics Iberia, S.A. (antes Hamann International, S.A.), una de las empresas participantes en el cártel y sancionada por la resolución de la que trae causa el procedimiento, fue adquirida en 2.006 por Rhenus South Europe, S.L.U., que posee el 75,1 % de su capital social, estando el resto en manos de Quintus AG.

Es también un hecho cierto y declarado probado que, tras su adquisición por el grupo Rhenus, la sociedad IHG fue sometida a una amplia reestructuración, con el cese de los directivos que la habían representado en las reuniones del cártel, del cual se separó, dejando de asistir a sus reuniones en febrero de 2.007 y transmitiendo luego su decisión de que en adelante no participaría en las reuniones futuras.

Por último, ha de señalarse que la sanción se impone exclusivamente a la empresa Rhenus Logistics (IHG Logistics antes de su adquisición por el grupo Rhenus), y no a la matriz Rhenus South Europe, S.L.U., cuya responsabilidad solidaria fue expresamente excluida

por la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia en los siguientes términos:

"El Consejo está de acuerdo con la Dirección de Investigación en que RHENUS LOGISTICS, S.A., como sucesora de IHG LOGISTICS IBERIA, S.A. y anteriormente HAMANN INTERNATIONAL, S.A. es responsable de la conducta pro la totalidad del periodo de duración de la misma puesto que existe una continuidad económica como empresa entre ellas y puesto que lo contrario supondría eludir la responsabilidad de la infracción cometida.

Respecto a la responsabilidad solidaria de la matriz, el Consejo disiente de Rhenus respecto a que el artículo 6 LDC no sea de aplicación al caso o en que no quepa concluir una influencia decisiva en casos en que la participación de control es inferior al 100% del capital social.

No obstante, el Consejo si admite el argumento de que la toma de control de IHG por Rhenus conllevó un proceso de reorganización interna con importantes cambios en su dirección, entre otros, la salida de las dos personas que habían tenido un papel protagonista como representantes, primero de Hamman y luego de IHG en el cártel. La entrada del nuevo equipo en la filial española no se produce hasta [CONFIDENCIAL] y coincide que es entonces cuando comunica explícitamente al resto de empresas que abandona el grupo. En estas circunstancias, no cabe presumir que Rhenus South Europe SLU haya tenido una influencia decisiva sobre su filial durante la vigencia de la conducta infractora y, además, existen indicios más que razonables acerca de que el cambio de control haya facilitado el fin de la conducta infractora por parte de la actual Rhenus Logistics S.A. Por tanto, entiende el Consejo que no procede atribuir a Rhenus South Europe SLU responsabilidad en la conducta infractora de su actual filial."

En consecuencia, la cuestión a decidir en este punto es la imputación a Rhenus Logistics, a la que la Sentencia impugnada considera no responsable de la conducta infractora en la medida en que (a) la adquisición de Hamman e IHG por Rhenus no se hizo con la finalidad fraudulenta de eludir la responsabilidad de aquéllas o con cualquier otra finalidad contraria a derecho y (b) tras la adquisición hubo un proceso de reorganización interna con importantes cambios en su dirección de apartamiento de la conducta infractora que facilitaron el fin de la misma. De no atenderse a estos criterios, afirma la Sala de instancia, se estaría aceptando la idea de la sucesión universal como título suficiente para la transmisión de la responsabilidad, concepción que rechaza en la medida en que supondría no modular los principios de culpabilidad y personalidad de las infracciones y sanciones, sino su plena exclusión, lo que carecería de base normativa o jurisprudencial.

Tal explicación resulta rechazable, ya que conduciría a un resultado inaceptable de fácil elusión de toda responsabilidad de una persona jurídica por su simple reorganización interna, cambios en la dirección o cambios de titularidad o de forma jurídica. Sin hacer afirmaciones de carácter general, lo que no resulta ni necesario ni conveniente, sí hemos de indicar que el criterio que debe prevalecer a la hora de depurar las responsabilidades de carácter económico en la sucesión de empresas es la de la permanencia de una entidad económica y empresarial o, dicho en otros términos, la identidad substancial entre las empresas sucesivas. La modulación de los principios de culpabilidad y responsabilidad dependerá de que se constate una quiebra parcial de continuidad económica y empresarial entre las empresas sucesivas, pero no necesariamente por el mero hecho de que haya habido una reorganización, un cambio de nominación o la adquisición de la empresa por otra, esto es, por un cambio de titularidad. Otra cosa conduciría, como aduce con razón el Abogado del Estado, a la elusión discrecional de responsabilidades por parte de una sociedad mercantil procediendo a cualquiera de las citadas modificaciones.

En el supuesto de autos está claro que la adquisición por parte del grupo Rhenus de la empresa IHG Logistics no supone por si mismo ninguna modulación en los principios de culpabilidad y responsabilidad por parte de ésta respecto de la conducta sancionada, de la que sigue siendo responsable en la medida en que constituye la misma unidad económica y empresarial que antes de su adquisición. A ello no obsta el cambio de denominación, la reorganización interna o incluso el cambio de forma jurídica, modificaciones derivadas del cambio de titularidad pero que no afectan a su responsabilidad como tal empresa por la conducta desarrollada hasta ese momento. En cuanto al cambio en su comportamiento tras la referida adquisición, consistente en el cese de los responsables que habían representado a la mercantil en el cártel y en que la nueva dirección manifestara a las demás empresas participantes que no participaría en adelante en las reuniones, así como el que todo

ello propiciase el fin de la actividad colusoria, sin duda tiene relevancia como elementos de modulación de su responsabilidad que han de ser valoradas en tanto circunstancias atenuantes de la misma por la actuación anterior -como efectivamente lo han sido-, pero no significan que la empresa no haya incurrido en su etapa anterior en las conductas anticompetitivas sancionadas.

En consecuencia, hemos de aceptar el razonamiento antes transcrito de la resolución sancionadora a este respecto y estimar este motivo de la Administración del Estado y casar y anular la Sentencia recurrida.

QUINTO.- Sobre las alegaciones de la actora en el recurso contencioso administrativo *a quo*.

Casada y anulada la Sentencia de instancia, es preciso resolver el litigio en los términos en que viene planteado, tal como prevé el artículo 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción. La demanda contencioso-administrativa formulada por Rhenus Logistics articula once fundamentos de derecho, de los que el cuarto, relativo a la imputación a la actora, ha de ser rechazado por las razones ya expuestas en relación con el segundo motivo de casación. En cuanto al resto de las alegaciones, esta Sala asume la respuesta denegatoria dada por la de instancia a algunas de ellas en los términos que ahora se indican.

a. En relación con a las vulneraciones del procedimiento administrativo denunciadas en los fundamentos primero y noveno de la demanda, la Sala de instancia respondió:

"QUINTO: Alega la parte actora en primer lugar como fundamento de su pretensión anulatoria la violación del principio de defensa al limitarle la información relativa a la investigación necesaria para poder estructurar su defensa, no motivar la denegación de la solicitud de prórroga, restringir su derecho a la prueba y cerrar la fase de instrucción sin comprobar de forma objetiva la veracidad de las solicitudes de clemencia, situando a Rhenues en una posición de indefensión

" El respeto del derecho de defensa en un procedimiento tramitado ante la Comisión con el objeto de imponer una multa a una empresa por infringir las normas de defensa de la competencia exige que la empresa interesada haya podido exponer de modo útil su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y las circunstancias alegados y sobre los documentos que la Comisión tuvo en cuenta para fundamentar su alegación de la existencia de una infracción al Tratado (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 66). El artículo 41, apartado 2, letras a) y b), de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea concreta el contenido de este derecho.

54 Tal como recordó acertadamente el Tribunal General en el apartado 405 de la sentencia recurrida, el derecho de acceso al expediente implica que la Comisión debe dar a la empresa afectada la posibilidad de examinar todos los documentos incluidos en el expediente de la instrucción que puedan ser pertinentes para su defensa. Estos documentos comprenden tanto las pruebas de cargo como las de descargo, con excepción de los secretos comerciales de otras empresas, de los documentos internos de la Comisión y de otras informaciones confidenciales (sentencias, antes citadas, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, apartado 315, y Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 68).

En todo caso debe señalarse que la ampliación por la Dirección de Investigación del plazo legal de 15 días para formular alegaciones al PCH o a la Propuesta de Resolución no es un derecho del administrado, sino una potestad discrecional de la CNC. Con la denegación motivada de la prórroga no se viola el derecho de defensa ni se genera indefensión a las partes. En consonancia, como es sabido, el artículo 49 de la Ley 30/1992 no admite recursos contra los acuerdos de denegación de ampliación de plazo.

Las actora ha tenido la posibilidad de acceder a la documentación no confidencial del expediente desde su incoación a medida que ésta ha ido incorporándose al mismo o, en su caso, a medida que se iba levantado la confidencialidad. Por otra parte consta que para facilitar a las partes el acceso al expediente la Dirección de Investigación ha distribuido una copia del expediente en CD, que incluye copia de la documentación anexa entregada por los clementes. En cuanto a las declaraciones de clemencia, han podido acceder a ellas en los términos que prevé el RDC. Las partes han tenido ocasión de presentar alegaciones una vez notificada la Propuesta de Resolución, así como en cualquier momento del procedimiento que lo hayan estimado oportuno, como de facto han hecho algunas de las partes, según se constata en el relato de los Antecedentes de Hecho. Tampoco se causa indefensión cuando la DI, antes, y ahora el Consejo ha dado respuesta a todas las cuestiones planteadas por los interesados aunque sea de forma global sin que la resolución tenga por qué seguir exhaustivamente y una por una todas las alegaciones formuladas por cada una de las partes interesadas en este expediente sancionador, pues conforme a la jurisprudencia basta que la contestación sea incluso implícita, siempre que la fundamentación jurídica de la Resolución permita a los interesados conocer las razones jurídicas que motivan el contenido de la parte dispositiva, y a los órganos jurisdiccionales disponer de los elementos suficientes para ejercer plenamente su función revisora (entre otras, STJUE 18/05/2006, As. C-397/03 P, párrafo 60).

Debe en consecuencia desestimarse este motivo de recurso." (fundamento jurídico quinto)

Han de rechazarse también las alegaciones formuladas en el fundamento undécimo de la demanda. En el mismo se sostiene que se habría vulnerado el artículo 33.2 del Reglamento de Defensa de la

Competencia, al no haber solicitado el preceptivo informe a la Autoridad Catalana de la Competencia, ya que los hechos imputados afectaron fundamentalmente a las delegaciones de Barcelona de las empresas afectadas. Sin embargo, de los hechos declarados probados se deduce que la conducta infractora afectaba fundamentalmente al transporte internacional con el resto de Europa, lo que le da una dimensión transnacional, por encima del criterio de las delegaciones empresariales principalmente afectadas. Ello supone también que tampoco se habría conculcado la invocada Ley de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas (Ley 1/2002, de 21 de febrero).

En cualquier caso y aun en el caso de que se admitiese que la Comisión Nacional de la Competencia hubiera debido pedir informe a la Autoridad Catalana de la Competencia, la omisión sería una infracción procedimental no invalidante, pues la misma no habría causado indefensión a las empresas sancionadas.

b. En lo que respecta a la invocación de los principios de legalidad e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos (segundo fundamento), se dijo por la Sala de instancia:

"SEXTO: En segundo lugar se alega la violación de los principios de legalidad e irretroactividad de las disposiciones sancionadora no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Debe destacarse que la conducta imputada como infracción de la legislación nacional de defensa de la competencia se habría iniciado en el segundo semestre de 2000, vigente la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007. Puesto que la incoación del expediente se produjo el 17 de noviembre de 2008, su tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, pues así resulta a contrario de la Disposición transitoria primera de esta norma.

Tanto la Ley 16/1989 como la Ley 15/2007 prohíben en su artículo 1.1.a) la misma conducta: los acuerdos que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de *"la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio"* en todo o en parte del mercado nacional, por lo que a efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados, no tiene mayor relevancia aplicar una u otra Ley de defensa de la competencia.

La Ley 16/1989 no recogía una definición explícita del concepto de cartel, como sí lo hace ahora el apartado 2 de la disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007. Sin embargo, ello no evita que el cartel constituya un tipo de acuerdo entre competidores que cae en el ámbito de la prohibición del artículo 1 de la Ley 16/1989, ya adopte la forma de acuerdo sobre los precios u otras condiciones comerciales o de un reparto de mercado.

Ya hemos señalado que en casos como el presente, en los que la conducta se extiende en el tiempo durante el plazo de vigencia de las dos normas (la Ley 16/1989 y la Ley 15/2007), de acuerdo con el art. 128 de la Ley 30/1992, resulta necesario aplicar una de ellas, debiendo optar por aquella que resulte más beneficiosa para las empresas imputadas conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor en el caso en concreto. Ello también debe ser así incluso en aquellos casos en que las conductas hayan finalizado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2007.

Para las infracciones muy graves, como la imputada en el presente expediente, el artículo 63.1.c) de la Ley 15/2007 establece como multa máxima el mismo porcentaje que establecía el artículo 10 de la Ley 16/1989: hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución. Tampoco existen diferencias entre ambas leyes en cuanto al importe mínimo de las sanciones por comisión de infracciones de cartel como las aquí imputadas. La diferencia radica en el régimen de clemencia que introduce la vigente LDC y que no existía en la Ley 16/1989. En este sentido no cabe duda de que para los solicitantes de la exención o reducción del importe de la sanción, la Ley 15/2007 ha resultado ser la norma más favorable (siendo por la que ellos mismos han optado), pero esta conclusión también es válida para el resto de los imputados, que aunque no se han acogido al régimen de clemencia, objetivamente hubieran podido hacerlo.

De los hechos relatados resulta la existencia de acuerdos, que han consistido, como señala la CNC, en 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." (fundamento jurídico sexto)

c. En lo que respecta a cuestiones probatorias y la invocación de la presunción de inocencia (tercer fundamento de la demanda) vale la respuesta dada por la Sentencia impugnada en los siguientes términos:

"SÉPTIMO: Antes de entrar en el examen de las alegaciones de fondo de la actora, hemos de hacer una breve referencia a cuestiones de carácter general, ya reiteradas por esta Sala. La primera, la relativa a la valoración de la prueba y, la segunda, a 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.

Efectivamente la Dirección de Investigación no fundamenta su imputación en la mera declaración sin probanza de un coimputado, ya que primero los clementes han aportado elementos objetivos que sustentan sus declaraciones, como se evidencia por las numerosas referencias que constan en el Informe Propuesta. A lo largo de las 64 páginas de Hechos Probados en el PCH el órgano instructor describe las reuniones y su contenido con referencia en nota a pie al documento en el que se apoya, en segundo lugar la declaración de cada clemente, en este caso son tres, sirve de elemento objetivo y externo para corroborar la del resto, sin perjuicio del juicio que merezca el valor añadido que cada una de ellas individualmente aporte en el momento en que han sido realizadas y por último la Dirección de Investigación ha realizado inspecciones domiciliarias en cuatro de las empresas imputadas, en las que se ha obtenido documentación que corrobora el relato de los hechos que los clementes realizan.

Además debe significarse 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 realidad de los hechos imputados. Cuestión distinta es la participación de la actora en ellos, que será debidamente tratada a continuación." (fundamento jurídico séptimo)

De las consideraciones que se acaban de reproducir se deriva también el rechazo de las alegaciones formuladas en los fundamentos quinto y sexto de la demanda, en los que se aduce que la resolución recurrirá no contiene los elementos básicos de las conductas que se imputan a la actora ni menos todavía que de tales conductas se deriven los efectos anticompetitivos que se les atribuyen.

Sin embargo, de los hechos acreditados se deriva sin género de duda que la mercantil recurrente participó en reuniones de intercambio de datos e informaciones en el mercado señalado por la resolución sancionadora y admitido por la Sala de instancia, el de transportes por carretera y en particular, los que tienen que ver con el tránsito aduanero e internacional, actividad de puesta en común de información que, según hemos tenido ocasión de reiterar con frecuencia, es una conducta que por si misma es susceptible de provocar efectos anticompetitivos en la medida en que conlleva necesariamente la reducción de incertidumbre

sobre la conducta de los competidores. Y es también jurisprudencia reiterada que las conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia lo son por ser susceptibles de provocar tales efectos anticompetitivos, sin que sea un elemento del tipo infractor el que se hayan producido o no dichos efectos, circunstancia que si podría servir, en cambio, para modular la gravedad de la conducta y de la sanción consiguiente.

Debemos rechazar también aquí la alegación formulada en el fundamento octavo de la demanda relativa a la supuesta violación del principio de confianza legítima al no haber tenido en cuenta que la conducta de las empresas sancionadas estaba amparada por la normativa sectorial y estaba en línea con la actuación del Ministerio de Fomento y de las asociaciones del sector. No se comprende bien porqué la previsión del artículo 19 de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre en relación con la cobertura de los costes en las actividades auxiliares y complementarias del transporte pudieran justificar una colusión de competidores en cuanto a tarifas, recargos y otras condiciones en la prestación de sus servicios que debían estar sometidas a la libre competencia.

d. Sobre la alegaciones relativas a la proporcionalidad de la sanción impuesta.

En los fundamentos séptimo y décimo de la demanda se alega la vulneración de los principios de igualdad y de proporcionalidad, ambos en relación con la cuantía de la multa. La actora aduce la vulneración del principio de igualdad por haberle impuesto una multa superior a las de las restantes empresas sin tener en cuenta las circunstancias específicas de su participación en las reuniones con el resto de empresas (fundamento séptimo). Parecidos razonamientos se expresan en el fundamento décimo, al señalar que no se han tenido en cuenta su menor participación en la conducta sancionada, calificando de irrelevante la reducción de la multa por haber puesto fin a la supuesta infracción, así como que no se

ha tenido en cuenta la falta de efectos nocivos de la conducta, se cuestiona asimismo el volumen de ventas atribuido a la actora.

Las diversas argumentaciones esgrimidas por la recurrente reflejan una discrepancia con la valoración efectuada por la Comisión de Defensa de la Competencia de los elementos fácticos que conducen a la fijación de una determinada cuantía de la multa, pero no acreditan ninguna infracción jurídica. En efecto, se tuvo en cuenta la conducta final de Rhenus Logistics, poniendo fin a su participación en las reuniones colusorias y provocando el fin de éstas, aunque a la actora le parezca una reducción excesivamente pequeña. En lo demás, la resolución de la Comisión está razonada y justificada (apartado undécimo), y las discrepancias manifestadas por la parte no pueden conducir a sustituir dicha valoración por la suya propia.

SEXTO.- Conclusión y costas.

De conformidad con las consideraciones expuestas en los fundamentos anteriores, ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado y procede en consecuencia casar y anular la Sentencia recurrida de 15 de abril de 2.014, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 95.2.d) de la Ley jurisdiccional, desestimamos el recurso contencioso administrativo formulado por Rhenus Logistics, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 31 de julio de 2.010 dictada en el expediente S/0120/08.

En atención a las dudas de derecho concurrentes en el caso, acreditadas con la estimación del recurso contencioso administrativo por parte de la Sentencia de instancia, no se imponen las costas ni en la instancia ni en la casación.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

1. Que HA LUGAR y por lo tanto ESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de 15 de abril de 2.014 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 572/2.010, sentencia que casamos y anulamos.

2. Que DESESTIMAMOS el citado recurso contencioso-administrativo, interpuesto por Rhenus Logistics, S.A. contra la resolución del Consejo de la comisión Nacional de la Competencia de fecha 31 de julio de 2.010 dictada en el expediente S/0120/08.

3. No se hace imposición de las costas del recurso contencioso-administrativo ni de las del de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Pedro José Yagüe Gil.-Eduardo Espín Templado.-José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-María Isabel Perelló Doménech.-José María del Riego Valledor.-Diego Córdoba Castroverde.-Firmado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-