

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0241/10, NAVIERAS CEUTA-2, empresa FORDE REEDEREI SEETOURISTIK IBERIA, S.L.)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 3 de noviembre de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/0241/10, NAVIERAS CEUTA-2 cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015 (recurso 1476/2014) por la que se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de marzo de 2014 (recurso 670/2011) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa FORDE REEDEREI SEETOURISTIK IBERIA, S.L. (en adelante FRS) en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 10 de noviembre de 2011 (Expediente S/0241/10, NAVIERAS CEUTA-2).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 10 de noviembre de 2011, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente de referencia, acordó en relación con FRS, entre otras cosas:

“PRIMERO.- Declarar que los acuerdos sobre reparto de mercado, fijación de precios y cuotas de mercado, coordinación de horarios, fijación de condiciones comerciales para las agencias, eliminación y coordinación de ofertas y mecanismos de compensación en caso de desviación de cuotas y mecanismos de seguimiento y vigilancia del cumplimiento de los acuerdos en el transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea que une Algeciras y Ceuta, entre Balearia Eurolíneas Marítimas SA, Buquebus España SAU y Euromaroc 2000

SL, Compañía Trasmediterránea SA y Europa Ferrys SA al menos desde febrero de 2008 hasta abril de 2010, y de Förde Reederei Seetouristik Iberia SL (FRS) desde octubre de 2008 a abril de 2010, constituyen un cártel prohibido por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

Son responsables de dicha infracción Balearia Eurolíneas Marítimas SA, Buquebus España SAU y Euromaroc 2000 SL, Compañía Trasmediterránea SA y Europa Ferrys SA y Förde Reederei Seetouristik Iberia SL.

(...)

TERCERO.- *Imponer a las empresas responsables citadas las siguientes sanciones:*

(...)

- *1.884.600 euros a Förde Reederei Seetouristik Iberia, SL.*

(...)"

2. Con fecha 10 de noviembre de 2011 le fue notificada a FRS (folio 61.1) la citada Resolución contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (670/2011), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 29 de marzo de 2012, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta, condicionada a la aportación de garantía por importe de 1.884.600 €. Garantía que fue declarada suficiente por Providencia de la Audiencia Nacional de 8 de junio de 2012.
4. Mediante Sentencia de 7 de marzo de 2014, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso interpuesto (670/2011) por FRS contra la Resolución de 10 de noviembre de 2011, anulando ésta en cuanto a la cuantificación de la multa. Contra ella se interpuso recurso de casación (1476/2014).
5. Con fecha 30 de enero de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la referida sentencia, declarando haber lugar al mismo en cuanto a la interpretación hecha de la expresión "volumen total de negocios" manteniendo el resto del fallo de instancia en los términos expuestos en los fundamentos jurídicos de la propia sentencia.
6. Con fecha 3 de febrero de 2011, la Dirección de Investigación requirió a FRS la aportación de información sobre su volumen de negocios total antes y después de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados, en el año 2010.

7. FRS presentó escrito de contestación el 21 de febrero de 2011 (folio 236) señalando que su facturación total antes de impuestos para el 2010 ascendió a 55.828.000 €¹, dato, según informa, obtenido de la Declaración-resumen anual del Impuesto sobre el Valor añadido².
8. Es interesado: FORDE REEDEREI SEETOURISTIK IBERIA, S.L.
9. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 3 de noviembre de 2016.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Sobre la ejecución de sentencia del Tribunal Supremo

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

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la Resolución de la CNC de 10 de noviembre de 2011, dictada en el expediente S/0241/10, NAVIERAS CEUTA-2, impuso una multa de 1.884.600 € a FRS. Dicha empresa interpuso recurso contencioso administrativo contra la misma.

El recurso interpuesto fue inicialmente estimado en parte por Sentencia de 7 de marzo de 2014 de la Audiencia Nacional. No obstante, el criterio manifestado por dicho

¹ Confirmado por escrito de 6 de septiembre de 2011 como contestación al Acuerdo de 23 de agosto de 2011 del Consejo de la CNC, Folio 234 del expediente de referencia VS/0241/12, incorporado del S/0241/12.

² Según declara se encuentra exento de IVA.

Tribunal fue casado mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015 en la que se mantiene la estimación parcial del recurso presentado por la Abogacía del Estado, manteniendo la nulidad de la multa impuesta, si bien ordenando un recálculo según los criterios expuestos en su fundamentación jurídica, que difiere de la expuesta por la Audiencia Nacional. La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Supremo dispone, en particular:

“1.- Ha lugar al recurso de casación interpuesto en representación de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de marzo de 2014 (recurso contencioso-administrativo nº 670/2011), que ahora queda anulada y sin efecto en lo que se refiere a la interpretación que en ella se hace de la expresión “volumen de negocios” inserta en el artículo 63.1 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia.

2.- Procede mantener la estimación parcial acordada por la Sala de instancia del recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de FÓRDE REEDEREI SEETOURISTIK IBERIA S.L. contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 10 de noviembre de 2011, en cuanto dicha sentencia anula la sanción de multa impuesta y ordena a la Comisión Nacional de la Competencia (ahora 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 del año 2010 y deduciendo el importe de la multa resultante del expediente S/0080/08, con la precisión de que la cuantificación de la multa deberá hacerse por aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos en el fundamento segundo de esta sentencia.”

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la Resolución de 10 de noviembre de 2011

Para la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo y la imposición de la sanción correspondiente a FRS hay que partir de los hechos acreditados que se le imputan en la Resolución de 10 de noviembre de 2011 y que han sido corroborados por los Tribunales.

En particular, sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la resolución confirmada por la sentencia que ahora se ejecuta, cabe señalar lo siguiente:

- De conformidad con el dispositivo primero de la Resolución, FRS (entre otros) fue declarada responsable de una infracción muy grave del artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, consistente en el establecimiento de acuerdos con otras compañías navieras, sobre reparto de mercado, fijación de precios y cuotas de mercado, coordinación de horarios, fijación de condiciones comerciales para las agencias, eliminación y coordinación de ofertas y

mecanismos de compensación en caso de desviación de cuotas y mecanismos de seguimiento y vigilancia del cumplimiento de dichos acuerdos, en el transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea que une Algeciras y Ceuta.

- En particular, según lo señalado en el FD tercero, el Consejo:

“...considera que la participación de FRS en la infracción de cártel imputada está plenamente acreditada, no sólo porque la documentación aportada por su competidor Balearia e incautada en su inspección y en la inspección de su otro competidor Acciona (Trasmediterránea y Europa Ferrys) en la línea Algeciras-Ceuta-Algeciras, la sitúan como participante en el acuerdo (HP 14, 18, 21, 26, 27, 42 y 43 entre otros) sino también, y de forma particular, porque se ha acreditado su presencia en las reuniones:

(i) de 13 de enero de 2009, cuyo contenido manifiestamente anticompetitivo fue recogido en el documento referenciado en el HP 15, incautado en la inspección de Trasmediterránea y de Balearía, así como aportado por ésta con su solicitud de reducción.

(ii) de 17 de febrero de 2009 (HP 21), en la que las tres navieras analizan el acuerdo sobre la retribución a las agencias y constatan ciertos incumplimientos.

(iii) de 21 de abril de 2009 (HP 24) entre las tres navieras intercambiaron información sobre precios de tarifas y comisiones a agencias y acordaron precios de determinadas tarifas, lo que resulta acreditado por las notas incautadas en la inspección a Balearia y luego aportadas en su solicitud de exención.

(iv) de 25 de mayo de 2009 entre Balearia y FRS (HP 28), con el objeto de “alcanzar un acuerdo entre Balearia y FRS con el fin de ordenar el tráfico en la línea Algeciras-Ceuta con una duración de un año a partir del 1 de junio de 2009”, lo que resulta acreditado con los documentos incautados en la inspección de Balearia y luego aportados por ella.

(v) de 10 de junio de 2009 entre las tres navieras (HP 30), en la que acordaron: a) Mantener la oferta a los residentes de Ceuta durante el intercambio, b) Eliminar el carnet joven y jubilados, c) Aumentar las tarifas de no residentes un 3,5% respecto de 2008, d) Reducir el precio del vehículo de residente (por mantener la oferta), y e) El número de viajes de ida y vuelta a realizar diariamente por cada compañía en verano, señalándose que FRS haría viajes adicionales si lo exigiera su cuota; todo lo cual resulta acreditado en documentos incautados en las inspecciones de Acciona y Balearia así como en los aportados por ésta naviera en su solicitud de reducción.

(vi) y de 12 de marzo de 2010 entre las tres navieras con el objeto de pactar una subida de precios para pasaje y vehículos, lo que resulta acreditado con la declaración y notas aportadas por Balearia (HP 37) y con la documentación incautada en la inspección de Acciona referenciada en el HP 38.

En particular, la participación de FRS en el cártel desde octubre de 2008 resulta acreditada por la información contenida en los HP 11 y 16 de esta Resolución. En el HP 11 (HA 6º del PCH) se recoge la declaración de Balearia sobre una reunión celebrada el 7 de octubre de 2008 entre Trasmediterránea y Balearia con el objeto de repartirse el tráfico en la línea Algeciras-Ceuta-Algeciras (61,5% y 26,5%, respectivamente) y ofrecerle a FRS el 12% restante del mercado. La aceptación de FRS se deduce indiciariamente del correo electrónico de 18 de noviembre de 2008 incautado en la inspección de Acciona, en el que un directivo de esta naviera da cuenta de que FRS no estaría “aplicando los acuerdos”. Indicio de participación que encuentra confirmación en el correo electrónico enviado, con fecha 16 de enero de 2009, por la secretaria del Presidente y Consejero Delegado de Balearia al propio Presidente, en el que le informaba de que, siguiendo sus instrucciones, había enviado al Director de Explotación de Acciona, al Director General de FRS, al Director de Baleares y Estrecho de Balearia y al Director General de Negocio de Balearia un archivo adjunto, que contenía los datos del número de pasajeros y autos de noviembre y diciembre de 2008 y enero de 2009, de CT (Compañía Trasmediterránea), Balearia y FRS, así como las cuotas de cada compañía, que son coincidentes con las acordadas por Trasmediterránea y Balearia en la reunión de 7 de octubre de 2008 y ofrecidas a FRS (HP 16).

La Sentencia que ahora se ejecuta obliga a reconsiderar todo el proceso de determinación de la sanción. La Resolución del Consejo de la CNC de 10 de noviembre de 2011 motivó la determinación de las multas sobre la base de los criterios siguientes:

- Determinación del mercado afectado. Transporte de pasajeros y vehículos de la línea Algeciras-Ceuta.
- Duración. Ha quedado acreditada la existencia del cartel al menos desde febrero de 2008 hasta abril de 2010, si bien FRS se incorporó al mismo en octubre de 2008.
- Naturaleza del acuerdo. Se trata de un acuerdo ente los tres únicos competidores en dicho mercado, Balearia, Trasmediterránea y FRS, y que por tanto afecta al 100% del mercado definido.

No existen otras conexiones o enlaces con el resto del territorio español (excepto un servicio de helicóptero para 12 pasajeros desde Málaga) y, por tanto, para los residentes en Ceuta la línea marítima concernida es el único medio real y masivo de desplazamiento a la Península.

- Alcance del acuerdo. El acuerdo se ha desarrollado sobre un gran número de variables competitivas: precio de las tarifas, descuentos, ofertas, cuotas de mercado, capacidad de oferta, horarios y comisiones a las agencias, sobre el que se ha diseñado un mecanismo de control y seguimiento de su cumplimiento
- Atenuantes. No se apreciaron atenuantes por parte de ninguna empresa
No obstante el Consejo considera como circunstancia relevante el que las navieras imputadas ya fueron sancionadas en el expediente S/0080/08 aunque por una infracción distinta y para los periodos OPE.
- Agravantes. Solo para Transmediterránea, si bien el Consejo considera que las tres navieras eran conscientes del carácter anticompetitivo y prohibido de la denuncia.
- Límite del 10%. De acuerdo con lo anterior, en la Resolución el Consejo de la CNC estima que el importe base de la sanción ha de ser el 15% del volumen de ventas afectado por la infracción imputada, sin que ninguna de las sanciones propuestas superen el límite legal del 10% del volumen de negocios total del año 2010.

En el caso de FRS la determinación de la multa obedece a los siguientes datos:

| | Mercado afectado ponderado por antigüedad de la infracción | Porcentaje aplicado (%) | Importe básico de la sanción (€) |
|------------|---|--------------------------------|---|
| FRS | 12.564.000 € ³ | 15% | 1.884.600 € |

No se aplicó a FRS atenuante ni agravante alguno.

Cabe además hacer constar que la multa así calculada supuso un **3,37%** de su volumen de negocios total en 2010, ejercicio anterior a la resolución.

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

De acuerdo con lo expuesto por el Tribunal Supremo en su fundamento tercero, en el que acoge los razonamientos jurídicos de su Sentencia de 29 de enero de 2015, el proceso de determinación de la multa debe necesariamente ajustarse a las siguientes premisas:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse.

³ De acuerdo con la información aportada por FRS sobre el volumen de negocios generado desde el 7 de octubre de 2008 al 21 de abril de 2010, ambos incluidos (folio 239), ponderado por la antigüedad.

La Sala señala que dichos límites “constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje” y continúa exponiendo que “se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”

- Sobre dicha base, concluye el Tribunal que la metodología de cálculo que subyace en la *Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea* (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009, y que utiliza la interpretación del artículo 63.1 de la LDC como un umbral o límite extrínseco, no resulta aceptable.
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al “*volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*”, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, “*lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción*”. Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se refiere.
- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme a los criterios del artículo 64.1 de la LDC, esto es, entre otros, “a) *La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la*

infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.”

- Por último, el FD 2º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados. Así, señala en particular que el artículo 64 enumera criterios que *“inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados.”* Añade más adelante que *“las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades económicas [...] han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas.*

El Tribunal Supremo en su Fundamento Tercero concluye que:

- Procede estimar el motivo segundo del recurso del Abogado del Estado, pero sólo en cuanto *“censura la interpretación reductora que la Sala de instancia ha hecho de la expresión “volumen total de negocios” inserta en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007”, (...)* quedando subsistentes las consideraciones de la sentencia de instancia (...) que conducen a la Sala de instancia a declarar la procedencia de deducir el importe de la multa resultante del expediente sancionador S/0080/08, pronunciamiento éste que igualmente debe quedar subsistente.

Procede, pues, el mantenimiento del fallo de instancia en cuanto anula la sanción <<...ordenando a la CNC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios 2010 [...] deduciéndose la multa que resulta del expediente S/0080/08>>; pero tal pronunciamiento debe ser modulado en el sentido de que el cálculo de la sanción no procede realizarlo con arreglo a las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009 sino que debe hacerse de conformidad con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 hacemos en esta sentencia.”

3.3. Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados en la sanción original (S/0241/10)

La infracción que acredita la Resolución de 10 de noviembre de 2011, confirmada por el Tribunal Supremo, de la que es responsable FRS, es una infracción muy grave (art. 62.4.a) y por tanto podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2010.

Como se ha mencionado, consta en el expediente que el 21 de febrero de 2011 FRS presentó su facturación total, relativa al año 2010, siendo esta de 55.828.000 € (folio 238). Teniéndose en consideración esta cifra aportada, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la Resolución de 10 de noviembre de 2011 (S/0241/10), siguiendo los criterios de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

FRS es responsable de una infracción consistente en el establecimiento de acuerdos con otras compañías navieras sobre reparto de mercado, fijación de precios y cuotas de mercado, coordinación de horarios, fijación de condiciones comerciales para las agencias, eliminación y coordinación de ofertas, en el transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea que une Algeciras y Ceuta.

En dicho mercado la oferta está constituida por las tres imputadas (la cuota del mercado relevante afectada por la conducta asciende al 100%). De hecho, ya se ha mencionado anteriormente que en la resolución original consta que en la reunión del 7 de octubre de 2008 las infractoras concertaron un reparto de cuotas que sumaba el 100% del mercado.

Aunque el mercado afectado es de ámbito geográfico limitado, la resolución original indica que se trata de un canal de comunicación necesario para los residentes en Ceuta, pues la línea marítima afectada por la conducta es el único medio real y masivo de desplazamiento a la Península, lo que implica que se trata de un servicio necesario para la población de esa ciudad.

Además, ha quedado acreditado que las empresas infractoras establecieron mecanismos de compensación en caso de desviación de cuotas, así como mecanismos de seguimiento y vigilancia del cumplimiento de dichos acuerdos.

De acuerdo con la información facilitada por FRS⁴, su volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) durante la infracción fue:

| VNMA 7 octubre - 31 diciembre 2008 | VNMA en 2009 | VNMA 1 enero - 21 abril 2010 |
|---|---------------------|-------------------------------------|
| 2.357.000 € | 12.198.000 € | 2.237.000 € |

En consecuencia, la facturación de FRS en el mercado afectado por la conducta durante la infracción se eleva a 16.792.000 €, lo que supone el 9,3% del total facturado por todas las empresas afectadas por la conducta. Esta cifra indica que FRS fue la empresa infractora con menor participación en la conducta.

⁴ Escrito de 21 de febrero de 2011.

En lo referente a la duración, ha quedado acreditada la participación de FRS en el cartel desde octubre de 2008 hasta abril de 2010.

Por último, no se apreciaron para FRS ni atenuantes ni agravantes,

Siguiendo la precitada sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, participación en la conducta de la infractora, ausencia de atenuantes y agravantes– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta. De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera apropiado un tipo sancionador del 5,2% del volumen de negocios total de FRS en 2010⁵.

Por último, la citada sentencia del Tribunal Supremo insiste en la necesaria proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, y para eso hay que tener en cuenta “la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados”.

En este sentido, aunque un tipo sancionador fuera proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva, por ejemplo, cuando se trate de una empresa que actúa en otros mercados además de en el mercado afectado por la infracción. En el caso de FRS, el volumen de negocios medio anual en el mercado afectado durante la infracción es un 19,0% del volumen de negocios total de la empresa en 2010, lo que confirma que se trata de una empresa cuya actividad se desarrolla en buena medida en mercados distintos de los afectados por la conducta. Esto implica que si se les aplicara el tipo sancionador que les correspondería por la gravedad de la conducta y por su participación en ella, la sanción resultaría desproporcionada.

Cualquier valoración de la proporcionalidad hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede denominarse *beneficio ilícito potencial*⁶). En el presente caso la multa que le correspondería a la infractora (2.903.056 euros) superaría el límite de proporcionalidad, que se ha estimado

⁵ Aunque no procede aquí el recálculo de la sanción de las otras dos empresas infractoras, según la aplicación del nuevo sistema de determinación de las sanciones de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, les hubieran correspondido un tipo sancionador de 6,2% (Balearia) y 7,5% (Transmediterránea).

⁶ Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Cuando es posible, los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras, o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante como los Ratios Sectoriales de las Sociedades no Financieras del Banco de España. Cuando no es posible tener datos específicos, las estimaciones se basan en la literatura económica. Los supuestos sobre estos parámetros son muy prudentes porque se exige que sean siempre razonables desde el punto de vista económico y, en caso de duda, se toman los más favorables a las empresas.

en el entorno de 2.100.000 euros ⁷, por lo que es necesario reducir el tipo sancionador hasta que la multa no supere ese límite.

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que el tipo sancionador adecuado para determinar el importe de la multa debe ser el 3,6% del volumen de negocios total de FRS en 2010, lo que supondría una sanción de 2.009.808 euros. Esta sanción, más reducida de lo que sería en principio adecuado a la gravedad y otras características de la infracción (como se ha dicho antes, le hubiera correspondido un tipo sancionador de 5,2%), se considera proporcionada para no penalizar a FRS por su condición de empresa multiproducto, de acuerdo con la citada sentencia del Tribunal Supremo.

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que el tipo sancionador en el que se ha de determinar el importe de la multa debe ser el 3,6% de su volumen de negocios total en 2010, lo que supondría una sanción de 2.009.808 euros.

Sin embargo, esta multa es superior a la sanción impuesta en la resolución original, que fue de 1.884.600 euros, por lo que resulta necesario aplicar la prohibición de *reformatio in peius*. Por tanto, la sanción quedaría reducida a 1.884.600 euros.

No obstante, a la hora de recalcular el importe de la multa, la Audiencia Nacional indica, y así lo mantiene el Tribunal Supremo, que habrá que deducir los 166.666 euros pagados por FRS el 3 de abril de 2013, importe al que quedó reducida la multa en el expediente S/0080/08 por Sentencia firme de la Audiencia Nacional, de 21 de enero de 2013.

Por tanto, del importe de la mencionada sanción de 1.884.600 euros procede deducir los referidos 166.666 euros correspondientes a la multa impuesta a FRS en el expediente S/0080/08, resultando así una multa de 1.717.934 euros.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a FORDE REEDEREI SEETOURISTIK IBERIA, S.L., en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015 (recurso 1476/2014) que casa la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de marzo de 2014 (recurso 670/2011), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 10 de noviembre de 2011 (Expte. S/0241/10, NAVIERAS CEUTA-2), la multa de **1.717.934 euros**.



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

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

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero D. Benigno Valdés Díaz en la presente Resolución, aprobada en la Sesión Plenaria de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día reflejado *ut supra*, en el marco del Expte. VS/0241/10, NAVIERAS CEUTA-2, empresa FORDE REEDEREI SEETOURISTIK IBERIA, S.L.

Mi discrepancia se explicita de este modo:

PRIMERO.- Considero que la *Resolución* aprobada no satisface la obligación, repetidamente recordada por el TS, de fijar la sanción pecuniaria en el porcentaje que resulte de forma ***debidamente motivada***. De la lectura de la *Resolución* es ***totalmente imposible*** conocer el procedimiento que da lugar a la multa impuesta. ***No existe posibilidad alguna*** de que de la lectura de la *Resolución* los sancionados puedan saber cómo resultan las cifras utilizadas (y ello contrasta con su extraordinaria finura numérica).

La *Resolución* dice (Pág. 11), lo siguiente: «[La] gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, participación en la conducta de la infractora, ausencia de atenuantes y agravantes permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta [...] [De acuerdo con ello] esta Sala considera apropiado un tipo sancionador del 5,2%».

Si estuviéramos ante una única empresa infractora, nada habría que objetar al hecho de que la valoración subjetiva de la mayoría le lleve a esa consideración. Ahora bien, la sancionada forma parte de un cártel y la individualización de su sanción no puede llevarse a cabo con independencia de las otras implicadas. La propia *Resolución* lo menciona al señalar (Vid. Nota de pie de página N^o5) lo siguiente: «Aunque no procede aquí el recalcular de la sanción de las otras dos empresas infractoras [...] les hubieran correspondido un tipo sancionador de 6,2% (Balearia) y 7,5% (Transmediterránea)»

Pues bien: siendo eso así, las asignaciones 5´2% (FRS), 6´2% (Balearia) y 7´5% (Transmediterránea) *a fortiori* requieren un *procedimiento* para su determinación *distinto a la simple apreciación subjetiva en cada caso*. Es decir, debe existir un mecanismo preciso que, en función de lo estipulado en el Art. 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, *produzca* ese resultado con tanta finura numérica. ***¿Cuál? No hay forma de saberlo.*** Y en esas condiciones, *¿cómo puede FORDE REEDEREI SEETOURISTIK IBERIA, S.L. hacerse una idea de la bondad de su sanción vis-a-vis las eventualmente asignadas a las demás participantes en el cártel? No puede.*

SEGUNDO.- La *Resolución* dice (Pág. 11) lo siguiente: « [...] si se les [sic] aplicara el tipo sancionador que les [sic] correspondería por la gravedad de la conducta y por su participación en ella, la sanción resultaría desproporcionada. Cualquier valoración de la proporcionalidad hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito». Pues bien: ***¿Cuál es el beneficio ilícito*** que, según la propia *Resolución*, resulta necesario para realizar «cualquier valoración de la proporcionalidad»? ***No se sabe.***

En relación con ello, los miembros de la SALA con cuyos votos ha sido aprobada la *Resolución* afirman poseer un método para realizar la «*estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría [sic] haber obtenido de la conducta*» (Vid. Nota de pie de página N^o 6). Pero el caso es que aunque llevo pidiendo conocerlo desde hace mucho tiempo, y a pesar de ser miembro de la SALA, aún no he conseguido verlo.

TERCERO.- La Resolución dice (Pág. 11-12), lo siguiente: «*En el presente caso la multa que le correspondería a la infractora (2.903.056 euros) superaría el límite de proporcionalidad, que se ha estimado en el entorno de 2.100.000 euros, por lo que es necesario reducir el tipo sancionador hasta que la multa no supere ese límite.*» Pues bien:

(1) **¿Qué es el «límite de proporcionalidad»?** No se sabe. En lo que a mí se refiere no tengo el más mínimo inconveniente en que la mayoría de la SALA introduzca nuevas *categorías analíticas*... siempre que se proporcione su correspondiente *definición*. De otro modo, nadie –ni el administrado, ni sus representantes– puede saber de qué se está hablando con la seguridad exigible en una *Resolución*.

(2) **¿Y cómo es que su valor monetario «se ha estimado en el entorno [sic] de 2.100.000 euros»?** Tampoco se sabe y ningún lector de la *Resolución*, aun habiendo dedicado una vida a la Teoría Económica y el Análisis Econométrico, podría replicar esa estimación sin saber qué es el «límite de proporcionalidad» (en otras palabras: hace falta saber lo que se quiere estimar para poder estimarlo). Pero el caso es que el misterioso «límite de proporcionalidad» y su –aún más misteriosa– estimación «*en el entorno [sic] de 2.100.000 euros*» no son intrascendentes porque –según afirma la *Resolución*– debido a ellos «*es necesario reducir el tipo sancionador hasta que la multa no supere ese límite, [razón por la que] la Sala considera que el tipo sancionador adecuado para determinar el importe de la multa debe ser el 3,6%*».

CUARTO.- No me parece razonable que el administrado no pueda saber, a través de la propia *Resolución*, por qué se le ha impuesto una multa y no otra cualquiera. Que eso ocurra es el resultado de utilizar una doctrina sancionadora que **no** comparto. La discrepancia doctrinal ha sido expuesta en sucesivos votos particulares, comenzando en el *Expte. S/0469/13 FABRICANTES DE PAPEL Y CARTON ONDULADO, al que remito*. En mi opinión, es posible resolver de forma que el administrado conozca, a través de la propia *Resolución*, no sólo por qué ha sido sancionado, sino también por qué lo ha sido con una multa específica y no otra cualquiera.

Huelga decir que no me refiero a detallar en la *Resolución* los cálculos precisos que dan lugar a las multas, pues eso *ni tiene razón de ser ni hace falta en absoluto*. Me refiero a la necesidad de mostrar a los administrados el *iter argumentativo*. Considero que tanto ellos como sus representantes tienen derecho a conocer, no sólo el cuánto, sino también *el porqué* de la *específica* multa que se impone.

QUINTO.- Con objeto de cubrir las –a mi juicio– referidas faltas de motivación, con fecha 21 de julio de 2016 ofrecí a la SALA la siguiente propuesta alternativa (NB.: se

omiten % sancionadores y multas asignadas para no interferir con lo efectivamente impuesto en la presente *Resolución*):

«ANTECEDENTES

Con fecha 10 de noviembre de 2011 el Consejo de la extinta CNC dictó *Resolución* en el *Expte. S/0241/10, Navieras Ceuta-2*. Entre otras decisiones, tomó la de sancionar a *FÖRDE REEDEREI SEETOURISTIK IBERIA S.L.* (en adelante, FRS Iberia) –una de las empresas imputadas– con multa de 1.884.600 euros. La empresa recurrió la *Resolución* ante la AN, que por Sentencia de 7 de marzo de 2014 declaró la *Resolución* de la CNC no ser ajustada a Derecho en cuanto a la multa impuesta, dejándola en ese extremo sin efecto y «ordenando a la CNC [imponer] la multa en el porcentaje que resulte» atendiendo a los siguientes criterios:

(1) Para determinar el % sancionador al que se refieren los Art. 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, no procede emplear el mecanismo adoptado por la extinta CNC en su *Comunicación sobre Cuantificación Sanciones* de 6 de febrero de 2009;

(2) el % sancionador no debe aplicarse a todo el volumen de negocios de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, sino únicamente a la parte de él que esté afectada por la infracción; y

(3) una vez calculada la multa en esos términos, deberá deducirse de ella el importe de la multa impuesta a la recurrente en el *Expediente S/0080/08*.

La Sentencia de la AN fue recurrida en casación por la Abogacía del Estado, en representación de la CNC; y el TS, por Sentencia de 30 de enero de 2015 (*RECURSO CASACION Número 1476/2014*), anuló la SAN en lo que hace referencia al criterio (2) arriba indicado, dándole la vuelta: el % sancionador debe aplicarse a todo el volumen de negocios (el total/consolidado) de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, y no únicamente a la parte de él que está afectada por la infracción.

Por ello, el Alto Tribunal ordena a la CNMC recalcular la multa de modo que (a) se ajuste a lo establecido por el propio TS en su Sentencia de 29 de enero de 2015 (RC 2872/2013); y (b) una vez calculada la multa de esa forma, la CNMC deberá deducir de ella el importe de la multa impuesta a la recurrente en el *Expediente S/0080/08*.

Con fecha 21 de julio de 2016, esta SALA de COMPETENCIA de la CNMC, con objeto de cumplir la STS, ha procedido al recalcule de la multa aplicable a la recurrente, dictando la presente *Resolución*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Legislación y jurisprudencia para el recalcule de la multa.

Son de aplicación, entre otros, el Art. 62-4-a de ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que tipifica los hechos aquí examinados como *infracción muy grave*; y el Art. 63-1-c, indicativo de que esas infracciones deben ser sancionadas con un porcentaje, *dentro de la escala cero a diez*, del volumen de negocios *total* de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. La jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo clarifica que por *volumen de negocios total* debe entenderse el *global/consolidado* de la empresa (por todas, STS de 29 de enero de 2015, *Recurso de Casación Núm. 2872/2013*).

En consecuencia, corresponde al órgano sancionador establecer, para cada empresa infractora y con arreglo a lo estipulado en el Artículo 64 de la citada Ley –incardinado en el mercado *afectado por la infracción*–, la graduación de la sanción dentro de la escala 0%-10%. Como la jurisprudencia dicta que ese porcentaje debe aplicarse sobre el volumen de negocios *total/consolidado*, surge una posibilidad de conflicto entre los dos objetivos que debe cumplir la sanción, a saber, *proporcionalidad* a la gravedad de infracción y *disuasión* de futuras conductas infractoras. Esa posibilidad de conflicto emerge porque mientras en el caso de

las empresas unisectoriales (o uni-producto) en cada ejercicio el volumen de negocios *total/consolidado* coincide con el afectado por la infracción, en el de las multisectoriales (o multi-producto) el primero es superior al segundo y en ocasiones por mucha diferencia. Puede ocurrir entonces, y particularmente cuando la duración de la infracción es corta, que sobre la empresa multi-producto recaiga una sanción que, a fuer de *disuasoria*, devenga *desproporcionada a la gravedad de la infracción*, y entonces el órgano sancionador debe atender a lo dispuesto por el TS:

« [...] se ha hecho referencia a la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia [...] Pero tal carácter no puede constituirse en prevalente [...] desplazando al principio de proporcionalidad.»

Ello plantea la necesidad de conocer con qué limitación opera el carácter disuasorio de las sanciones. En la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el legislador no lo explicita, pero la jurisprudencia del TS lo ha acotado bastante:

«Las sanciones [...] en el ámbito del derecho de la competencia –que [...] no difiere en este punto de otros sectores del ordenamiento– han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener beneficios económicos derivados de las infracciones [...]. Si [...] el legislador considera oportuno incrementar el “efecto disuasorio” a cotas superiores, tiene capacidad normativa para hacerlo dentro del respeto a las exigencias constitucionales» [...] Aunque ello dependerá ya del legislador [...], un sistema general de multas que pretenda establecer un nivel de disuasión adecuado quizá debería implicar no sólo la ausencia de aquellos beneficios sino un plus [...] En todo caso, corresponde a la ley –y no a quien la ejecuta o la interpreta– establecer los [...] límites que el legislador considere oportuno para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones en esta área del ordenamiento jurídico»[Énfasis añadido].

En conclusión, el posible conflicto entre los objetivos de *disuasión* y *proporcionalidad*, que puede producirse como resultado de aplicar el porcentaje sancionador de los Arts. 63 y 64 al volumen de negocios *total/consolidado* de las empresas, ha de resolverse teniendo como referente el *beneficio ilícito* derivado de la acción infractora.

SEGUNDO.- Cuantificación de la sanción: Preliminar

El Artículo 64 establece los «criterios» a los que, «entre otros», se debe recurrir a la hora de determinar el porcentaje sancionador dentro de la escala 0% a 10% para cada empresa involucrada. La lista no es excluyente de otros criterios y por tanto la Ley otorga un margen de discrecionalidad al órgano sancionador para considerar en sus decisiones criterios adicionales que –en su parecer *motivado*– entienda apropiado. Asimismo, no todos los criterios que la Ley explícitamente menciona en el Art. 64-1 son independientes entre sí, de modo que *la utilización de alguno(s) ya incluye la utilización de otros*.

Sobre esa base se ha determinado la sanción que aparece en la *TABLA 1*. Para explicar su construcción, conviene realizar algunas consideraciones previas:

(1) La creación de un cártel constituye una infracción *muy grave*. Ello se debe a que, con carácter general, las conductas empresariales que se desvían del marco de la libre competencia entrañan una pérdida de bienestar social, y el cártel es una desviación máxima. Sin embargo, no todos los cárteles son iguales: su capacidad distorsionadora del mecanismo de mercado depende de en qué sector de la economía estén operando y, específicamente, la extensión en la que su producción se utiliza con insumo en la fabricación de otras mercancías. En el caso que nos ocupa, la distorsión del sistema *general* de precios no es extensa porque los viajeros afectados por la infracción no pueden, a su vez, trasladar el efecto-precio vía *mark-ups* de segunda y sucesivas rondas. Ahora bien, como consecuencia del hecho de que las imputadas en el cártel que nos ocupa controlan la totalidad del mercado analizado y su servicio tiene pocos sustitutos *cercanos*, el daño causado a sus propios clientes es elevado.

En virtud de ello, la pertenencia *específicamente* a este cártel merece en sí misma una sanción para cada empresa participante del [x%] dentro de la escala 0%-10%; y por encima de ese nivel, *el reproche*

sancionador debe reflejar la contribución de cada empresa al daño efectivamente causado, en el siguiente sentido: Aunque es imposible estimar el valor monetario del daño al bienestar social producido por el cártel, ese daño depende del volumen de ventas realizadas en régimen de cartelización, de modo que la *participación relativa* de cada empresa en el conjunto de las ventas cartelizadas es una medida de la *responsabilidad individual* en la *pérdida de bienestar social*, con independencia de cuál sea el valor absoluto de éste.

(2) La mencionada jurisprudencia del TS también clarifica la naturaleza de la escala sancionadora del Art. 63-1-c. En particular, el porcentual 10, «por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable dentro de su categoría, ha de servir de referencia para, a partir de él y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse». También clarifica qué debe entenderse por «infracción más reprochable dentro de su categoría»:

« [...] Las conductas más próximas a las restrictivas de la competencia que el legislador considera de mayor reprochabilidad son [...] las que él mismo incluye y tipifica en el Código Penal, cuyo artículo 284.1 sanciona a quienes “empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías [...] servicios o cualesquiera otras cosas [...] que sean objeto de contratación”. Se trata de conductas contrarias a la libre concurrencia cualificadas por el añadido de la violencia, la amenaza o el engaño».

Pues bien, de lo instruido en este Expediente no se aprecia que estemos ante esa clase de conductas extremas. Aunque la creación del cártel constituye en sí misma una infracción muy grave, no existe evidencia de que en su operativa hayan mediado violencia, amenaza o engaño por parte de alguno(s) de sus miembros contra otros.

Sobre la base de lo descrito, y tomando en consideración el hecho de que a pesar de la aludida naturaleza dañina de este cártel sus efectos han quedado circunscritos a una pequeña área del territorio nacional, la SALA considera que la sanción monetaria apropiada en ningún caso debe superar el nivel [y%] dentro de la escala sancionadora 0%-10%. En consecuencia, entre el general [x%] y el indicado máximo debe incardinarse el porcentaje sancionador apropiado a cada una de las empresas participantes en función de su responsabilidad individual (relativa) en el cártel. Eso es lo que aparece reflejado en la TABLA 1.

En su Resolución de 10 de noviembre de 2011, el Consejo de la extinta CNC delimitó para cada partícipe en el cártel el periodo de duración de la infracción. Sobre esa base se ha determinado el correspondiente volumen de negocios afectado (Columna 2). Esa columna incluye, pues, otros elementos del Art. 64, como la dimensión del mercado afectado, el alcance de la infracción y su duración. De ella resulta la Cuota de Responsabilidad Individual en el daño al bienestar social producido por el conjunto del cártel (Columna 3), que a su vez sirve para fijar el porcentaje sancionador de cada partícipe (Columna 5) como el [x%] general más la parte alícuota de responsabilidad en la pérdida de bienestar ocasionada, una vez asignados [y%-x%] puntos porcentuales por ese concepto a la empresa que más ha contribuido al daño (Columna 4).

TABLA 1.

NOTA: Se omiten los nombres de las empresas para respetar la confidencialidad de los datos, con la única excepción de la interesada en la presente Resolución. El volumen de negocio total/consolidado de la empresa FRS Iberia en el año 2010 asciende a 55.828.000 € (Folio 238)

| EMPRESAS PARTICIPANTES EN EL CARTEL | Volumen de negocio afectado por la infracción (€) | Cuota de Responsabilidad Individual | Asignación Proporcional de y-x puntos porcentuales de acuerdo a la cuota de responsabilidad individual | Porcentaje sancionador (%) total=x*Asignación Proporcional de y-x puntos porcentuales de acuerdo a la cuota de responsabilidad individual | Porcentaje sancionador aplicado al volumen de negocio total/consolidado en 2010 (€) | Sanción Provisional |
|--|---|-------------------------------------|--|---|---|---------------------|
| Miembro del cártel con mayor responsabilidad individual en el daño causado al bienestar social | 116.823.000 | 64,45% | y-x | [...] | [...] | |
| Otro miembro del cártel | 47.645.352 | 26,29% | [...] | [...] | [...] | |
| FRS Iberia, S.L. | 16.792.000 | 9,26% | [...] | [...] | [...] | [...] |
| TOTAL | 181.260.352 | 100% | | | | |

No procede modificar la sanción provisional sobre la base de elementos que ya han sido tomados en cuenta para establecer el porcentaje sancionador del Art. 64 pues en caso contrario esos elementos serían computados más de una vez con el mismo propósito: precisamente determinar ese porcentaje. **Sí** debe modificarse, en cambio, cuando se da alguna de las siguientes circunstancias: **1ª** La aplicación del citado porcentaje al volumen de negocio total/consolidado de la empresa produce, en el sentido expuesto en el *FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO*, una multa que deviene desproporcionada a la gravedad de la infracción; **2ª** Existen elementos agravantes o atenuantes de la conducta individual; y **3ª** Dada la naturaleza de la sanción que nos ocupa, la multa no puede ser superior (*reformatio in peius*) a la impuesta por la extinta CNC.

TERCERO.- Modificación del porcentaje sancionador de la TABLA 1

Para comprobar si la aplicación de porcentaje sancionador de la *Tabla 1* al volumen de negocio *total/consolidado* de la empresa da lugar a colisión entre la *efectividad disuasoria* y la *proporcionalidad* de la sanción, es necesario conocer qué parte del beneficio de la empresa podemos considerar *ilícito*, es decir, atribuible a su acción infractora. La Teoría Económica demuestra que el *beneficio ilícito* ($\Delta\pi$) es el siguiente porcentaje de las ventas afectadas por la infracción (V), antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados:

$$\frac{\Delta\pi}{V} = \frac{\kappa[(1 + \eta)(1 + \kappa\xi) + \eta\xi]}{(1 + \eta)(1 + \kappa)(1 + \kappa\xi)},$$

En esta expresión, η es el margen de beneficio bruto sobre el coste unitario de producción *antes de la configuración del cártel*; κ es el sobreprecio atribuible a la cartelización y ξ es la elasticidad de la demanda:

$$\xi > -\frac{1 + \eta}{\kappa + \eta + \kappa\eta}$$

Sobre esa base podemos estimar el beneficio *ilícito* de cada una de las empresas partícipes.

(i) Estimación del parámetro η .

La *Central de Balances del Banco de España* proporciona estadísticas sobre el margen de beneficio bruto de diferentes sectores de la industria española, entre ellos el considerado en este *Expediente*. La serie cubre el periodo 2000-2015. Ahora bien, para poder identificar dicha serie con η es preciso realizar algunas transformaciones. En primer lugar, el *BdE* computa el margen de beneficio sobre el precio, no sobre el coste unitario. No computa $\eta = (P - c)/c$ sino $M = (P - c)/P$. Sin embargo, es sencillo traducir éste en aquél: $\eta = M/(1 - M)$.

En segundo lugar, el *BdE* determina el margen M sin tomar en cuenta la posibilidad de que en el sector esté operando un cártel. Sin embargo, nosotros sabemos que el sector aquí considerado estuvo afectado por un cártel (el que es objeto de este *Expediente* y el que lo es *del Exp. S/0080/08 desde el año 2008*). En principio, y puesto que no hay constancia alguna de contrario, debemos considerar que la cartelización en el mercado analizado no existía con anterioridad a esa fecha. En consecuencia, para estimar η a partir de M procede atribuirle a éste el valor medio de la serie que provee la *Central de Balances del BdE* para el periodo 2000-2007.

En tercer lugar, el *BdE* no proporciona el valor de M para cada una de las empresas, sino para el sector en su conjunto («*Transporte Marítimo de Pasajeros*»). No todas las empresas tienen el mismo poder de mercado y cabe esperar que el margen de beneficio individual esté por encima o por debajo de la mediana sectorial. Ahora bien, la utilización de esa mediana es apropiada a los efectos que ahora nos ocupan. De acuerdo con lo anterior resulta $\eta = 9'89\%$.

(ii) *Estimación del parámetro κ .*

Ningún organismo oficial posee datos sobre κ . Así pues, a la hora de asignarle un valor la Autoridad de Competencia ha de realizar una *conjetura informada*. En ese sentido, las estimaciones empíricas le otorgan a κ un valor medio $\kappa = 13,78\%$ para una muestra internacional con todo tipo de cárteles (Vid. M. Boyer y R. Kotchoni, *The Econometrics of Cartel Overcharges, Scientific Series, March 2011*). Si la Autoridad de Competencia no posee la información necesaria para estimar de una forma alternativa el sobreprecio impuesto por el cártel sobre el que está resolviendo, resulta adecuado acudir al citado promedio.

(iii) *Estimación del parámetro ξ .*

Dados $\eta = 9'89\% = 0'0989$ y $\kappa = 13'5\% = 0.135$, resulta $\xi > -4'4$. Con el fin de compensar cualquier posible sesgo en la estimación de los parámetros que pudiera perjudicar a las empresas participantes, tomamos $\xi = -3$ (es decir, un valor *muy* favorecedora para aquéllas).

(iv) *Estimación del beneficio ilícito como porcentaje de ingresos afectados.*

De lo expuesto resulta $\Delta\pi/V = 0'065$. Para cada año en el que tiene lugar la infracción el beneficio ilícito de cada empresa participe equivale a 6'5% de las ventas afectadas. El de la empresa *FRS Iberia, S.L.* asciende a:

$$\Delta\pi = (0'065)(16.792.000\text{€}) = 1.091.480\text{€}$$

Así pues, como resultado de aplicar el % sancionador derivado del Artículo 64 (2'79%) al volumen de negocio *total/consolidado* en el ejercicio 2010, la multa impuesta (Vid. TABLA 1) resulta ser [N] veces el beneficio ilícito. Ello no se debe al % sancionador –que simplemente gradúa la gravedad de la infracción según los Artículos 63 y 64–, sino al hecho de aplicar ese porcentaje al volumen de ingreso total/consolidado de una empresa en la que la actividad afectada por la infracción es sólo una parte de su actividad económica.

[Esa] brecha entre la función disuasoria de la sanción y la exigible proporcionalidad a la gravedad de la infracción no encuentra encaje en *la legislación actual*. Está fuera de toda duda la legitimidad de opinar que la legislación vigente en materia de defensa de la competencia puede no ser suficientemente disuasoria. Pero la CNMC no tiene potestad para –adelantándose al legislador– suplir esa posible carencia de la Ley con sus propios criterios. «Corresponde a la ley –y no a quien la ejecuta o la interpreta– establecer los [...] límites que el legislador considere oportuno para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones en esta área del ordenamiento jurídico» (STS de 29 de enero de 2015, ya citada, y posteriores). Mientras el legislador no establezca por sí mismo en *cuántas veces el beneficio ilícito* queda fijado el límite disuasorio de las sanciones en esta materia, ese límite lo establece el beneficio ilícito (Vid., *Fundamento de Derecho PRIMERO*).

En adición, no se aprecia la existencia de agravantes o atenuantes de la responsabilidad individual de la recurrente; y esa cifra (1.091.480€) es inferior a la multa impuesta por la *Resolución* recurrida, de modo que no incurre en *reformatio in peius*.

Ahora bien, el cumplimiento de la STS que origina la presente *Resolución* requiere que de esa cifra se deduzca el importe de la multa impuesta a la recurrente en el *Expediente S/0080/08*. Por sentencia firme de la AN de 21 de enero de 2013, dicha multa quedó fijada en 166.666€, que fueron pagados el 3 de abril de 2013. En consecuencia, la multa a imponer en la presente *Resolución* asciende a 924.814€.

En virtud de lo señalado, vistos los preceptos legales arriba mencionados y los demás de general aplicación, esta **SALA de COMPETENCIA** de la CNMC, en su Sesión Plenaria del día XX de marzo de 2016,

HA RESUELTO

ÚNICO.- En ejecución de la STS de fecha de 9 de diciembre de 2015 (RC número 978/2014), imponer a FÖRDE REEDEREI SEETOURISTIK IBERIA S.L. la multa de 924.814€.»

QUINTO.- La anterior propuesta fue rechazada sobre la base de las [mismas] razones señaladas en el ya citado Voto Particular en el *Expte. S/0469/13 FABRICANTES DE PAPEL Y CARTON ONDULADO*, al que he remitido.

SEXTO.- En adición a la ya señalada imposibilidad, a mi juicio, de conocer el procedimiento a través del cual ha resultado la multa impuesta en la presente *Resolución*, estimo oportuno mencionar lo siguiente: La multa impuesta, cualquiera que haya podido ser el procedimiento seguido, es 2.009.808 euros y sobre ella la *Resolución* dice lo siguiente (*Pág. 11*): «Esta sanción, más reducida de lo que sería en principio adecuado a la gravedad y otras características de la infracción (como se ha dicho antes, le hubiera correspondido un tipo sancionador de 5,2%), se considera proporcionada para no penalizar a FRS por su condición de empresa multiproducto». Ahora bien, el beneficio ilícito de la sancionada es 1.091.480€, de modo que aquella (la multa) es el doble de éste. En otras palabras, en esta *Resolución*, una multa que es 2 veces el beneficio ilícito se considera proporcionada. Pero –por citar un ejemplo– en el *Expediente VS/0179/09 HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS*, empresa PORLAND VALDERRIVAS la multa, que es 5'5 veces el beneficio ilícito, también es, en opinión de la mayoría de la SALA, proporcionada (*Vid. Voto Particular en la Resolución de ese Expediente*).

Por las razones que he expuesto más arriba, no me parece que en aras a la disuasión y adelantándose al legislador, la CNMC pueda operar en esa materia con sus propios criterios.

SÉPTIMO.- Por las objeciones expuestas no puedo, *en conciencia*, respaldar la presente *Resolución*.

Así por este mi Voto Particular Discrepante lo pronuncio y firmo en Madrid en la fecha señalada ut supra.