



Roj: **STS 2070/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2070**

Id Cendoj: **28079130032018100232**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **11/06/2018**

Nº de Recurso: **1258/2016**

Nº de Resolución: **976/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 976/2018

Fecha de sentencia: 11/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1258/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: PJM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1258/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 976/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech



D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 11 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto , constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1258/2016, interpuesto por Record Go Alquiler Vacacional, S.A. y por Go de Alquiler, S.L, representadas por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y bajo la dirección letrada de D. Rafael Allendesalazar Corcho, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 16 de marzo de 2016 en el recurso contencioso-administrativo número 505/2013 . Es parte recurrida la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado.

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 16 de marzo de 2016 , por la que se estimaba parcialmente del recurso promovido por Record Go Alquiler Vacacional, S.A. y por Go de Alquiler, S.L. contra la resolución del Consejo de la Comisión de la Competencia de fecha 30 de julio de 2013 por la que se resolvía el expediente sancionador número S/0380/11. En dicha resolución se declara acreditada la existencia de una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , conformada por los acuerdos adoptados e implementados por varias entidades a través de los contactos y las reuniones entre representantes de las mismas desde el 27 de mayo de 2005 hasta octubre de 2011, que entran dentro de la definición de cártel, en cuanto que el objeto de los acuerdos alcanzados por las mismas ha consistido en la fijación de precios y de condiciones comerciales, de la que declara responsables, entre otras, a Record-Go Alquiler Vacacional, S.A. y su matriz Go de Alquiler, S.L. por los acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Valencia e Islas Baleares por el periodo comprendido entre el 27 de mayo de 2005 y octubre de 2011 en el supuesto de Record-Go y desde 2008 hasta octubre de 2011 su matriz; les impone por ello una multa sancionadora de 4.871.400 euros a Record-Go y solidariamente a su matriz por el periodo comprendido entre 2008 hasta octubre de 2011.

La parte dispositiva de la sentencia dice:

« **QUE DEBEMOS ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso interpuesto por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de **RECORD GO ALQUILER VACACIONAL SA** y solidariamente a su matriz **GO DE ALQUILER SL** , contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 30 de julio de 2013, que impuso a la recurrente una sanción de multa por importe de 4.871.400 € (euros), por la comisión de una infracción muy grave, debemos anular y anulamos la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser en este extremo ajustada a Derecho; disponiendo se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije su importe en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados y por aplicación de los criterios legales de graduación debidamente motivados y por aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia , de conformidad con los criterios expuestos en la STS de 29 de enero de 2015, rec. 2872/2013 . Sin hacer expresa imposición de costas.»

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de la Letrada de la Administración de Justicia de la Sala de instancia de fecha 6 de abril de 2016, que también acordaba emplazar a las partes para su comparecencia ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Record-Go Alquiler Vacacional, S.A. y de Go de Alquiler, S.L. ha comparecido en forma en fecha 23 de mayo de 2016 mediante escrito por el que interpone el recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, articulando los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común ; por infracción de los artículos 29.3 , 30 y 33.3 y de la disposición transitoria segunda de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ; por infracción del artículo 26 del Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia, aprobado por Real Decreto



331/2008, de 29 de febrero ; por infracción del artículo 23.3 de la Ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, así como por infracción de la jurisprudencia;

- 2º, por infracción de los artículos 9.3 y 25 de la Constitución ; por infracción del artículo 128.1 de la Ley 30/1992 ; por infracción del artículo 4.1 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, así como por infracción de la jurisprudencia, y

- 3º, por infracción del artículo 64 de la Ley 15/2007 , del artículo 131 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia; por infracción del artículo 68.1 de la Ley 15/2007 , del artículo 12.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , y de la jurisprudencia; y por infracción de las normas que rigen la valoración de la prueba al amparo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Termina el escrito suplicando que se dicte sentencia estimando el recurso de casación y condenando en costas a la Administración demandada.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 7 de julio de 2016.

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime el mismo e imponga las costas a la recurrente.

QUINTO .- Por providencia de fecha 23 de febrero de 2018 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 22 de mayo de 2018, en que han tenido lugar dichos actos.

SEXTO .- En el presente recurso se han guardado las prescripciones procesales legales, excepto la del plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

Las sociedades mercantiles Record Go Alquiler Vacacional, S.A. y Go de Alquiler, S.L. impugnan en casación la sentencia de 16 de marzo de 2016 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en materia de defensa de la competencia. La sentencia recurrida estima en parte, en lo relativo a la cuantía de la multa, el recurso contencioso administrativo entablado por las citadas mercantiles contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2013 que les sancionó por la participación en un cartel entre diversas compañías de alquiler de vehículos sin conductor.

El recurso se funda en tres motivos, todos ellos amparados en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. En el primer motivo se aduce la infracción de los preceptos señalados en el antecedente tercero de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio), del Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia (Real Decreto 331/2008, de 29 de febrero) y de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Ley 3/2013, de 4 de junio). Tales infracciones se deberían a que el Consejo que adoptó la resolución sancionadora estaba constituido irregularmente puesto que varios de sus miembros habían cesado ya en el cargo.

En el segundo motivo se aduce la infracción de los artículos 9.3 y 25 de la Constitución ; 128.1 de la citada Ley 30/1992, reguladora del procedimiento administrativo, y 4.1 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora (Real Decreto 1398/1993). Se aduce también la vulneración de la jurisprudencia. El motivo se funda en la injustificada aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia de 2007 (Ley 15/2007, de 3 de julio) en vez de la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, que la recurrente considera más favorable.

Finalmente, el tercer motivo se basa en la infracción de los artículos 64 y 68.1 de la citada Ley de Defensa de la Competencia de 2007 , del artículo 131 de la Ley 30/1992 , del artículo 12.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 , y de la jurisprudencia aplicativa de los mismos, todo ello en relación con las normas de valoración de la prueba.

SEGUNDO .- Sobre el primer motivo relativo a la composición del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

En el primer motivo, la sociedad mercantil recurrente aduce que la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia era nula de pleno derecho por haber sido adoptada estando irregularmente constituida, puesto que cuatro de los seis consejeros habían cesado en su mandato en el momento de dictarla, mandato que era de seis años y sin que la Ley de Defensa de la Competencia previese la prórroga de sus funciones.



La sentencia recurrida rechazaba esta alegación en los siguientes términos:

« **CUARTO:** En su demanda, la recurrente suscita como motivos determinantes de la anulación de la resolución sancionadora, en primer lugar, que dicha resolución se adoptó prescindiendo de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

La infracción del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables al aplicar la Ley 15/2007 como más favorable cuando, en realidad, es la Ley 16/1989. Subsidiariamente, la resolución recurrida infringe el art. 63.1.c) LDC según el cual la sanción no puede superar el 10% del volumen de negocios/ventas en el mercado afectado por la infracción.

Por último, la infracción del principio de proporcionalidad contemplado en el art. 131 Ley 30/1992 que debiera dar lugar a una reducción de la sanción porque no se ha acreditado la existencia de efectos restrictivos para la competencia, RECORD GO no aplicó los acuerdos objeto de la resolución recurrida, tampoco acredita la resolución impugnada la existencia de beneficios ilícitos, no ha tenido en cuenta que solo opera en tres aeropuertos y yerra al establecer la duración de la participación de la actora en la infracción.

El primer motivo, basado en que la resolución impugnada fue adoptada por un Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia compuesto de seis miembros de los que solo dos tenían su cargo en vigor al haber expirado su mandato los restantes, no puede prosperar.

La recurrente no tiene en cuenta que la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que entró en vigor, según su Disposición final Undécima, el 6 de junio de 2013, establece en su artículo 23.3 que "Continuarán desempeñando su cargo en funciones los miembros del Consejo en los que concurran las causas de cese contempladas en las letras a) y b) del apartado 1 hasta que se publique en el «Boletín Oficial del Estado» el real decreto de cese correspondiente." refiriéndose en las letras citadas al cese por renuncia y por expiración del término de su mandato.

De este modo, los Consejeros a los que alude estaban en funciones al no haberse dictado el Real Decreto de cese correspondiente y la resolución se adoptó por un órgano perfectamente constituido.» (fundamento jurídico cuarto)

Tiene razón la Sala al rechazar la alegación y debemos desestimar el motivo. Es cierto que la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007) establecía en su artículo 29.3 que el mandato de los miembros del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia era de seis años sin posibilidad de renovación y sin que hubiera ninguna previsión expresa respecto a la prórroga el ejercicio de sus funciones hasta que se nombrasen quienes les fueran a sustituir en el cargo. Y también es cierto que el 30 de julio de 2013, momento en que se adopta la resolución impugnada, varios de los miembros del Consejo habían cumplido ya los seis años de su mandato.

Sin embargo, el 6 de junio de 2013, antes por tanto de que se adoptase dicha resolución, había entrado en vigor la Ley 3/2013, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que venía a sustituir a la anterior Comisión Nacional de la Competencia y cuyo Consejo asumía las funciones del anterior Consejo. Pues bien, por un lado y como se señala en la Sentencia impugnada, el artículo 23.3 de la Ley preveía que los miembros del Consejo que cesasen en sus funciones por finalización de su mandato continuasen en el desempeño de sus funciones hasta que se publicase su cese, lo que se presume tras el nombramiento de quienes les hubieren de sustituir.

Pero además, y todavía más relevante, la disposición transitoria tercera de la Ley 2/2013 expresamente se refería a la continuidad de los miembros de la anterior Comisión estableciendo que hasta la constitución de la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia «los organismos supervisores continuarían ejerciendo las funciones que desempeñan actualmente» y, en referencia directa al Consejo añade que «durante este período los miembros del Consejo permanecerán en su cargo en funciones y los organismos tendrán plena capacidad para desempeñar su actividad».

En consecuencia, la continuidad del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia hasta la constitución del nuevo Consejo, así como la de sus miembros hasta tanto no fuese sustituidos por los miembros del nuevo organismo, era completamente regular y tanto el Consejo como sus miembros podían y debían ejercer sus competencias con plenitud de facultades. La resolución impugnada en la instancia fue adoptada, por tanto, por un órgano plenamente habilitado para ello y constituido de manera respetuosa con las normas legales aplicables.

TERCERO .- Sobre el motivo segundo, referido a la determinación de la norma aplicable.

En el segundo motivo la parte achaca a la Sala juzgadora haber aplicado la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007 afirmando que es la más favorable, pero en base a una comparación en abstracto con la anterior Ley



16/1989, sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto y haber calculado en concreto la sanción correspondiente con cada una.

En relación con esta cuestión, la sentencia se pronuncia en el siguiente sentido:

« **SEXTO:** Sostiene la recurrente que la resolución recurrida considera erróneamente como legislación más favorable la ley 15/2007 cuando, en realidad, es la Ley 16/1989 en cuyo caso habría que fijar como tope máximo de la sanción los 901.518 euros. En éste sentido censura que la resolución recurrida se limita a una comparación en abstracto de la Ley 15/2007 con la Ley 16/1989 sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto. y que, además, en éste caso la ley del 89 es más favorable porque presenta un límite ordinario de 150.000.000 pesetas (901.518,16 euros) que desaparece en la Ley 15/2007 y que la propia CNMC ha declarado que la Ley de 1989 es más favorable, en la posterior resolución de 2 de enero de 2014.

Sobre esta misma cuestión nos hemos pronunciado en otras ocasiones y así, en la SAN de 29 de julio de 2014 rec. 172/2013 hemos dicho que *"que sin perjuicio de que la conducta regulada por el artículo 1 de ambas leyes sea idéntica, lo cierto es que el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007, es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la anterior Ley 16/1989. Así resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas o de la especialmente destacable en este supuesto la posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención o reducción de la sanción.*

Por tanto, como quiera que ambas leyes sancionaban exactamente las mismas conductas, el tratamiento de éstas es idéntico así como la cuantificación de la multa, pues en ambas se señala que la cuantía podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal, no se puede afirmar que la nueva Ley sea más perjudicial para la actora que la antigua. Cuestión distinta es la aplicación de las directrices para el cálculo de las multas aprobadas por la CNC que será objeto de análisis al tratar la alegación de falta de proporción de la multa impuesta. "

Este criterio es igualmente trasladable aquí, pues la aplicación de la Ley de 1989, art. 10 permitía también la aplicación, mediante un razonamiento que así lo justificase incrementar la sanción desde los 150.000.000 pesetas (901.518 euros) hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal. » (fundamento jurídico sexto)

El motivo no puede ser estimado. En primer lugar, no es verdad que la Sala omita una consideración concreta del caso a la hora de comparar ambas leyes, como lo demuestra el párrafo final del fundamento que se ha transcrito, que evidencia que la Sala consideraba que la aplicación de la Ley de 2017 resultaba más favorable a la actora.

Pero, en definitiva, la cuestión deviene intrascendente, porque la Sala, en aplicación del principio de proporcionalidad invocado por la recurrente y pese a rechazar su alegación de que las circunstancias concurrentes atenuaban la gravedad de la infracción, anula la cuantía de la multa en razón de que la Comisión Nacional de la Competencia había aplicado la Comunicación de 6 de febrero de 2009 que esta Sala declaró contraria a derecho en la sentencia de 29 de enero de 2015 que se cita en la sentencia recurrida. Ello quiere decir que no resulta posible hacer una comparación en términos concretos entre la aplicación de ambas leyes, lo que sólo sería posible una vez calculada la multa a aplicar por parte del órgano regulador, hoy la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de acuerdo con los criterios establecidos por esta Sala en la referida sentencia para la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007. Y es en esa nueva determinación de la cuantía de la sanción cuando la Comisión habrá de tener en cuenta -como hizo en la resolución anulada en este punto por la sentencia de instancia- la aplicación de la norma más favorable y, en todo caso, tener en cuenta que la multa no podrá ser superior a la impuesta en su momento para no incurrir en *reformatio in peius*.

Debemos pues desestimar el motivo.

CUARTO .- Sobre el tercer motivo, relativo a la valoración de la prueba.

En el tercer motivo la sociedad recurrente aduce la infracción de las normas reguladoras de la prueba, alegando que se han vulnerado las reglas de la sana crítica al hacerse una valoración probatoria arbitraria e irrazonable.

El motivo ha de ser rechazado de plano, ya que tal alegación sólo tiene como fundamento la legítima discrepancia de la parte respecto a las apreciaciones probatorias efectuadas por la Sala de instancia. Es cierto que en el recurso extraordinario de casación, encaminado sólo a la revisión del derecho aplicado por los tribunales de instancia, resulta posible pretender una nueva valoración de la prueba cuando la realizada



por el tribunal *a quo* incurre en los defectos señalados por la parte. Pero nada de esto se deduce de la lectura del fundamento de derecho tercero, en el que la Sala de instancia argumenta de manera razonable y conforme a las reglas de la sana crítica sobre las pruebas obrantes en autos. Ello excluye que esta Sala de casación pueda proceder a evaluar de nuevo los elementos fácticos del presente litigio y conduce a la desestimación del motivo.

QUINTO .- Conclusión y costas.

Al ser rechazados todos los motivos en que se funda el recurso de casación no ha lugar al mismo. Se imponen las costas a la parte recurrente hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos legales, más el IVA que corresponda a la cantidad reclamada.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Declarar que no ha lugar y, por lo tanto, desestimar el recurso de casación interpuesto por Record Go alquiler Vacacional, S.A. y por Go de Alquiler, S.L. contra la sentencia de 16 de marzo de 2016 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 505/2013 .
2. Confirmar la sentencia objeto de recurso.
3. Imponer las costas de la casación a la parte recurrente conforme a lo expresado en el fundamento de derecho quinto.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Maria Isabel Perello Domenech.-Diego Cordoba Castroverde.-Angel Ramon Arozamena Laso.-Fernando Roman Garcia.-Firmado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituída la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-