



Roj: **SAN 2090/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:2090**

Id Cendoj: **28079230062014100274**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **07/04/2014**

Nº de Recurso: **6/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2090/2014,**
STS 2560/2015

SENTENCIA

Madrid, a siete de abril de dos mil catorce.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 6/12, seguido a instancia de las mercantiles "Compañía Transmediterránea SA", Transmediterránea y "Europa Ferrys SA", Euroferrys, representadas por el Procurador de los Tribunales **D. Jorge Laguna Alonso**, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de **Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), la cuantía se fijó en 12.102.969 €, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO :- Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. En la línea marítima entre Ceuta y Algeciras operan cinco navieras,

entre ellas dos del grupo Acciona. Las dos prestan el servicio de transporte marítimo de pasajeros, vehículos y carga rodada con buques tipo fase ferry de alta velocidad, que son sustituidos en períodos de varadas o cuando las condiciones meteorológicas lo aconsejan, por ferrys convencionales.

Las dos navieras del grupo Acciona sancionadas por la resolución recurrida son:

a) "Compañía Transmediterránea SA": es una empresa de la división de servicios logísticos y de transporte del grupo Acciona y es la adjudicataria del contrato administrativo para la línea Algeciras/Ceuta.

b) "Europa Ferrys SA": es una sociedad unipersonal, participada íntegramente por Transmediterránea, que opera conjuntamente en la misma línea.

Las otras navieras sancionadas por la resolución recurrida son:

Pertenecientes al grupo Balearia Eurolíneas Marítimas SA: "Euromaroc 2000 SL" y " Buquebus España SA".

La quinta naviera pertenece al grupo alemán Förde Reederei Seetouristik GMBH & Co, y se denomina "Förde Reederei Seetouristik Iberia SL".

2. La línea de navegación referida es de cabotaje y considerada por la Administración como de interés público dada su particular situación geográfica. Así el Estado garantiza la prestación del servicio de forma inmediata



y directa mediante contrato administrativo, sin perjuicio de las prestaciones ofrecidas por navieras que operen la línea libremente en condiciones de continuidad, regularidad y frecuencia reglamentariamente establecidas.

El tráfico de la línea es particularmente elevado en los meses de julio, agosto, y septiembre, debido a la utilización de la línea por los emigrantes magrebíes. En diciembre y Semana Santa se producen picos de demanda por parte de los residentes en Ceuta.

En atención a las particulares circunstancias de la línea, el artículo 83 de la en ese momento vigente Ley 27/1992 de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, permitía la imposición a las empresas navieras, de obligaciones de servicio público.

Además, en determinadas épocas del año, coincidente con períodos vacacionales, como Navidades, Semana Santa o Verano, la Administración obliga a las navieras que operan en esta línea a transportar a todos los pasajeros y vehículos, en orden de llegada al puerto, con independencia de a qué naviera le hayan comprado el billete. Esta imposición legal, se califica como "intercambio forzoso de billetes" o períodos Operación Paso del Estrecho (OPE).

La obligación legal, concretada por la Secretaría General de Transportes del Ministerio de Fomento, alcanza al intercambio de billetes de transporte durante los períodos determinados y otras dos obligaciones accesorias e imprescindibles que consisten en llegar a acuerdos que incorporen una planificación de horarios de entrada y salida y un mecanismo de coordinación y compensación. Estas obligaciones deben circunscribirse, exclusivamente, a los días en que se prevé la mayor afluencia de personas y vehículos.

3. La resolución recurrida declara probado que las recurrentes participaron en reuniones destinadas a adoptar acuerdos en el transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la líneas entre Algeciras y Ceuta 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.

Los demás asistentes a las reuniones y que también son sancionados como miembros de lo que la resolución califica como un cártel, son las mercantiles Balearia Eurolíneas Marítimas SA, Buquebus España SAU y Euromaroc 2000 SL, y el período de la infracción se estableció desde febrero de 2008 hasta abril de 2010.

4. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), mediante resolución de fecha diez de noviembre de 2011, adoptó, entre otras, las siguientes decisiones:

a) 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 líneas entre Algeciras y Ceuta, realizados entre Balearia Eurolíneas Marítimas SA, Buquebus España SAU y Euromaroc 2000 SL, y las recurrentes, desde febrero de 2008 hasta abril de 2010, constituye un cártel prohibido por el artículo 1.1 de la LDC. La mercantil Förde Reederei Seetouristik Iberia SL, limitó su participación, desde octubre de 2008 hasta abril de 2010.

b) Imponer a las recurrentes una multa de 12.102.969 euros.

c) Intimar a las recurrentes al cese de la conducta infractora sancionada.

d) Instar a la Dirección de Investigación de la CNC, para que vigile el cumplimiento de la resolución.

SEGUNDO.- Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. Caducidad del procedimiento administrativo sancionador:

-La notificación de la resolución de conclusión de la resolución impugnada se produjo fuera de plazo, al haberse computado de forma indebida uno de los períodos en los que el procedimiento estuvo suspendido.

-La incoación del procedimiento se produjo el 24 de marzo de 2010. El 23 de agosto de 2011 se resolvió sobre la solicitud de prueba de las partes y se acordó suspender el plazo máximo de resolución, a fin de que se procediera a la práctica de pruebas y actuaciones complementarias. Una vez concluido este plazo, el 22 de septiembre de 2011 se concedió a los interesados un plazo adicional de 10 días para valorar el resultado de dichas pruebas, continuando suspendido el plazo máximo de resolución, lo que se comunicó a las recurrentes el 26 de septiembre de 2011, concluyendo por lo tanto, el plazo de alegaciones, el 7 de octubre de 2011.



-Mediante Acuerdo de 10 de octubre de 2011, el Consejo de la CNC levantó la suspensión, con efectos de ese mismo día, lo que supuso una indebida prolongación del plazo, que cuantifica en 3 días. Dado que la resolución impugnada se dictó el 10 de noviembre de 2011 y se notificó a las recurrentes el mismo día, desde la incoación del procedimiento el 24 de marzo de 2010, habían transcurrido en total, 19 meses y 16 días

-Invoca los artículos 37.1 e) de la LDC y 12.1 b) del RDC, para concluir que, una vez concluido el trámite por el que se acordó la suspensión, el cómputo del plazo máximo para resolver se reanuda "ex lege" al tratarse el levantamiento de la suspensión, de un acto reglado por lo que el plazo máximo para la resolución del expediente, habida cuenta de que se acepta como válida la suspensión operada desde el 23 de agosto de 2011 hasta el 7 de octubre de 2011, concluyó el 9 de noviembre de 2010.

2. Ausencia de prueba sobre la participación de la recurrente en la infracción sancionada: Violación del derecho a la presunción de inocencia

-La única prueba con la que cuenta la CNC, son las declaraciones de la solicitante de clemencia, la naviera Balearia, lo que "per se" no es prueba suficiente y además se basa en testimonios indirectos. Las pruebas adicionales a que se refiere la resolución, son notas manuscritas de la propia Balearia.

-Las notas manuscritas tampoco acreditan la participación de la recurrente en el cártel, y califica la tabla contenida en la página 40 de la resolución recurrida, en la que se sistematizan los contactos entre empresas, como de pura ficción.

-La CNC no tiene en cuenta aspectos de dichas notas que favorecen a la recurrente, como la falta de acuerdo en determinadas cuestiones, o su inaplicación.

-No hay prueba alguna de los eventuales efectos de dichos acuerdos: no hay prueba, ni siquiera indiciaria, de los supuestos acuerdos. A pesar de la completa información con la que contó la CNC para resolver este asunto, no se indica en la resolución, que hubiera una coincidencia de tarifas, de horarios, o de otros parámetros comerciales relevantes, pues en realidad había una gran discrepancia de precios.

3. De forma subsidiaria y con efectos de reducción de la multa: Apreciación incorrecta de la duración del supuesto cártel:

-La propuesta de resolución destaca que no se llegaron a suscribir acuerdos

anticompetitivos, pues sólo hubo intentos, lo que excluye imponer sanciones por conductas realizadas en grado de tentativa. La simple asistencia una reunión, no es equivalente a un intercambio de información sensible que pueda restringir la libre competencia.

-De existir acuerdos, éstos serían intermitentes en el tiempo: En 2008 no se acredita la existencia de acuerdo alguno. Destaca el HP 6 de la resolución recurrida por su contradicción, ya que admite que los acuerdos pudieron adoptarse en diciembre de 2008, mientras que fija el inicio del cártel en febrero de 2008. Los HHPP siguientes (hasta el 12), describen contactos que evidencian que no hubo acuerdo alguno. En 2009, HHPP 13 a 24, el acuerdo, de existir, sería un acuerdo limitado en el tiempo (Enero a Noviembre de 2009). En 2010, HHPP 35 a 44, a lo sumo hubo un acuerdo puntual el 12 de marzo de 2010, que duró hasta primeros de abril siguiente.

-Subraya que los contactos ente las navieras que operan en el Estrecho son obligatorios y derivados de las obligaciones de servicio público derivadas de la Operación Paso del Estrecho (OPE). De su existencia, no puede deducirse la existencia de prácticas colusorias.

4. Doble sanción respecto de determinados períodos de intercambio forzoso de billetes con la consecuencia de la reducción de la multa:

-La resolución sanciona también como práctica colusoria los períodos de intercambio forzoso de billetes (OPE), en los que se impone una intercambiabilidad de billetes obligatoria entre distintas navieras, con la fijación de una tarifa de intercambio común. En dichos períodos, la competencia en la línea Algeciras/Ceuta queda eliminada por decisión administrativa en aplicación de la DA 27 de la LPMM, (Ley 27/92 de Puertos) introducida por la Ley 33/2010, hoy artículo 260 del TRLPMM. Para aplicar estas medidas, resulta obligada una coordinación de navieras respecto de horarios, elección de naviera, tarifas, con una total falta de planificación individual.

-La existencia de comportamientos anticompetitivos durante los períodos OPE, ya ha sido expresamente sancionada por la CNC, por resolución de 8 de septiembre de 2010, expediente S/0080/08 en relación a los períodos Semana Santa 2008 y veranos de 2008 y 2009.

5. Indebida aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad:



-Falta de consistencia de las circunstancias agravantes genéricas aplicadas, destacando entre ellas, la imputación a la recurrente de realizar un deliberado ataque a las reglas de la libre competencia: subraya que la línea Algeciras/Ceuta se ha visto sometida a una importante intervención administrativa, que ha introducido gran inseguridad jurídica en los operadores. No ha habido, por lo tanto, una conducta deliberadamente anticompetitiva de la recurrente, subrayando que no se ha acreditado un daño directo a la libre competencia, apareciendo el resto de circunstancias mencionadas de forma genérica, como estereotipadas e inconexas.

-Improcedente aplicación de la agravante de reiteración: Se aprecia sobre la base de la existencia de una sanción anterior, impuesta por Resolución de 13 de junio de 2003. Niega que exista coincidencia en el modo concreto en que se habría cometido la presunta infracción en este caso, pues a diferencia de la sanción de 2003, en ese caso la sanción se refiere a períodos excluidos de la OPE y analiza la práctica, más allá del límite temporal permitido, de una conducta que fue autorizada en diciembre de 1991, y que permitía, de mutuo acuerdo, la fijación de precios y el establecimiento de horarios.

-Concurrencia de tres atenuantes, no tenidas en consideración por la resolución recurrida:

*Atenuante de no aplicación efectiva de la conducta prohibida: artículo 64.3 b) LDC : A pesar de reconocerse esta circunstancia en la resolución, no se aplica la atenuante. Distingue, por un lado, la ausencia de efectos del acuerdo (el acuerdo existe y se ejecuta, pero no produce efectos: artículo 64.1 e) LDC); en este caso, la resolución, sin motivar, afirma que se ha producido un daño al mercado, lo que justifica el cálculo del importe básico en un 15%, y, por otra parte, la falta de implementación de los acuerdos (el acuerdo existe, pero deliberadamente no se ejecuta: artículo 64.3 b) de la LDC), supuesto invocado como circunstancia atenuante y que la resolución trata también como agravante genérica y no específica. De este modo se priva a la recurrente de una deducción de la multa entre un 5% y un 15% del importe de base de la sanción.

*Atenuante relativa a la inseguridad jurídica causada por la constante intervención administrativa: invoca la SAN de 31 de mayo de 2012 rec. nº 608/2010 .

*Atenuante consistente en la inexistencia de efectos de la infracción imputada: artículo 64.1 e) LDC : La resolución estima que la colusión descrita ha causado daños a los consumidores, pero no los prueba, ni analiza. Afirma que no han existido daños y que la sanción debe reducirse por aplicación del principio de proporcionalidad.

6. Necesaria consideración unitaria de las distintas infracciones:

-Invoca el artículo 4.6 del RD 1398/1993 y la STS de 19-3-2008 , y subraya que la CNC debió, en su caso, establecer una única sanción y no 3 distintas, una por cada línea Algeciras/Ceuta/Algeciras, Península/Islas Baleares, y Península/Marruecos, dado que, en todos los casos, la infracción imputada es la misma y los sujetos implicados también. Destaca que en las notas manuscritas de Balearia, hay referencias a todas esas líneas.

-Carácter desproporcionado del efecto que resulta de la división de las imputaciones en tantos expedientes como líneas de transporte: La cuestión es relevante si toma en cuenta que el límite del 10% del volumen total de ventas de la recurrente, se aplica a cada una de las infracciones por separado. Recuerda que el 10% del límite máximo del volumen de ventas de la recurrente supondría una multa máxima total de 36 millones de euros, que ya se impuso en el expediente Algeciras/Tánger, y se recurrió en el procedimiento 18/12 ante la Audiencia Nacional.

7. Infracción del principio de proporcionalidad: necesaria toma en consideración de la situación económica del infractor.

-La línea Algeciras/Ceuta/Algeciras, es deficitaria: La crisis económica ha afectado también a este sector, y se ha reducido la demanda hasta en un 45%. La facturación de Transmediterránea se redujo en 2008 en un 65%, en relación con los pasajeros y un 63%, en relación con los vehículos. La facturación total de 2011 es inferior al importe de las multas impuestas. La cuenta de pérdidas y ganancias de 2011 arroja un resultado negativo de 30 millones de euros. Los resultados reflejados en las Cuentas de pérdidas y ganancias para 2011 son de 99 millones de pérdida para Transmediterránea y 8 millones para Euroferrys.

-Necesaria toma en consideración de las dificultades económicas del infractor como criterio de proporcionalidad de la sanción: Invoca el apartado 35 de las Directrices de la Comisión para la imposición de multas, y las resoluciones que toman en consideración esta circunstancia.

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente:

1. Caducidad del expediente:

- Otro interesado en el procedimiento, Balearia, recibió la notificación para valorar la prueba practicada, el 27 de septiembre (dice noviembre), por lo que el plazo concedido a tal efecto, que es común a todos los interesados, venció el 9 de octubre, día inhábil. Por ello, es el 10 de octubre de 2008, el día de vencimiento de dicho término, tal y como lo interpretó la CNC.

2. Sobre la apreciación de la prueba por la CNC:

- No comete error la CNC, en la medida en que la intervención y participación de las recurrentes en las reuniones y acuerdos referidos está acreditada en autos, no siendo cierto que las únicas pruebas con que contó la CNC fueran declaraciones unilaterales de Balearia, ya que también se contó con información incautada en la sede de Transmediterránea.

- Las concretas alegaciones de la Abogacía del Estado sobre cada una de las reuniones y la participación de las recurrentes en ellas serán objeto de examen en el apartado "Fundamentos Jurídicos", de esta sentencia.

3. Inexistencia de non bis in idem:

- Invoca el artículo 133 de la Ley 30/1992, y concluye que las circunstancias del expediente S/008/08 y las del presente caso son sustancialmente distintas. En este caso, se ha sancionado el establecimiento, con carácter general para el tráfico entre Península y Ceuta, de los amplios acuerdos anticompetitivos descritos, mientras que el expediente de referencia se refiere a la fijación colusoria de las tarifas de intercambio de billetes entre las navieras afectadas por la obligación de servicio público, durante la OPE, cuestión que nada tiene que ver con los acuerdos sancionados en el presente expediente. Por otra parte el único período temporal coincidente sería el verano de 2009, mientras que la conducta imputada en este expediente comienza en octubre de 2008.

4. Sobre la falta de motivación, por no constar el desglose en el cálculo de

la sanción impuesta e infracción del principio de proporcionalidad:

- Se remite a la resolución recurrida en la que consta motivación suficiente sobre las cuestiones planteadas.

CUARTO:- Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes. En trámite de conclusiones las recurrentes invocan la doctrina de la SAN de 13 de marzo de 2013, rec. 674/2010, sobre la aplicación del límite máximo del 10% sobre el volumen de ventas, que estima infringida por la resolución recurrida ya que dicho límite debe operar sobre el mercado afectado. Por ello, la sanción máxima que podría imponerse a las recurrentes es de 3,4 millones de euros, al tiempo que subrayan la falta de producción de efectos nocivos de la conducta sancionada, como puso de manifiesto la prueba parcial practicada. La Abogacía del Estado, de forma expresa rechaza las alegaciones de la recurrente respecto de su interpretación sobre el cálculo del límite máximo del 10% sobre el volumen de ventas e insiste en la corrección de la resolución recurrida.

QUINTO:- Señalado el día 18 de marzo de 2014 para la votación y fallo, en dicha sesión se acordó la continuación de la deliberación al día 25 siguiente, fecha en la que, efectivamente, se procedió a la toma de decisión sobre el presente asunto. Intervino como ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO, que formula voto particular, limitado al FJ 8 de esta sentencia.

SEXTO:- Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso, es la relativa a determinar el ajuste legal de la Resolución de fecha 10 de noviembre de 2011, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en cuya virtud, entre otras decisiones, se acordó lo siguiente:

1. 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 líneas entre Algeciras y Ceuta, realizados entre Balearia Eurolíneas Marítimas SA, Buquebus España SAU y Euromaroc 2000 SL, y las recurrentes, desde febrero de 2008 hasta abril de 2010, constituye un cártel prohibido por el artículo 1.1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC).

2. Imponer a las recurrentes una multa de 12.102.969 euros.

3. Intimar a las recurrentes al cese de la conducta infractora sancionada.



4. Instar a la Dirección de Investigación de la CNC, para que vigile el cumplimiento de la resolución.

SEGUNDO: La primera de las cuestiones planteadas por la recurrente, caducidad del expediente administrativo, debe ser desestimada.

Nos encontramos ante un expediente sancionador, en concreto el S/0241/10 Navieras-Ceuta-2, que fue incoado el 24 de marzo de 2010 y que concluyó, mediante la resolución objeto de recurso, que le fue notificada a las recurrentes, el 10 de noviembre de 2011, es decir 19 meses y 16 días después de su incoación, a pesar de que el artículo 36.1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC), establece un plazo máximo para la instrucción y resolución de 18 meses. No obstante, el 21 de julio de 2010, la DI, acordó ampliar el Acuerdo de incoación contra Balearia Eurolíneas Marítimas SA, sociedad matriz de las previamente imputadas Euromaroc 2000 SL y Buquebus España SAU. Tras haber acordado el cierre de la instrucción el 1º de marzo de 2011 y haber formulado la propuesta de resolución el 28 de marzo de 2011, el 23 de agosto de 2011 el Consejo de la CNC adoptó un Acuerdo, por el que se resolvía favorablemente la petición de los interesados en el sentido de solicitar la práctica de nuevas pruebas y formular una valoración sobre su resultado. Incorporadas las pruebas, mediante Acuerdo del Consejero Ponente de 22 de septiembre de 2011, notificado a las recurrentes el día 26 siguiente, se concedió a los interesados un plazo de 10 días para formular alegaciones, lo que fue cumplimentado por las recurrentes el 11 de octubre.

Las recurrentes, admiten, al amparo de los artículos 37.1 e) y 51.1 de la LDC, la procedencia de la suspensión del plazo máximo de resolución, al haberse solicitado la práctica de pruebas complementarias y la procedencia de la concesión de un plazo de 10 días para emitir valoraciones sobre la misma una vez incorporadas al expediente. De esta forma, según su cálculo, se admiten 46 días de suspensión legalmente amparada, lo que implica que la fecha de conclusión, debió ser el 9 de noviembre de 2011 y no el 10, como realmente ocurrió.

No obstante, las recurrentes omiten, como destaca el Abogado del Estado, que, la mercantil Balearia también era interesada en el expediente, y que el Acuerdo por el que se le concedía un plazo de 10 días para formular alegaciones le fue notificado el 27 de septiembre. Por esta razón, para ella y para todos, al tratarse de un plazo común, éste venció el 8 de octubre de 2011 (sábado). Al ser el domingo 9 de octubre inhábil, el plazo se reanudó el 10 de octubre, tal y como correctamente interpretó la CNC, por lo que no se prolongó en exceso el plazo de 18 meses para la tramitación y resolución del expediente. En los folios 4854 a 4866 del expediente administrativo constan las correspondientes notificaciones. Por otra parte no deja de ser llamativo que las alegaciones de las recurrentes tuvieran como fecha de registro de entrada en la CNC el 11 de octubre de 2011, y no se denunciara ya esta circunstancia.

TERCERO: La segunda cuestión se refiere a la invocada violación del derecho a la presunción de inocencia de las recurrentes, por haberse dictado la resolución sancionadora sin apoyo probatorio suficiente ya que el único material empleado para ello, serían las declaraciones de una naviera competidora y las notas por la misma manuscritas, halladas en las inspecciones y registros practicadas por la CNC.

La Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2011, asunto T- 208/06, en sus apartados 52 a 56 sistematiza la doctrina aplicable a la cuestión relativa al valor probatorio de las declaraciones del clemente en los siguientes términos:

1º. En lo que atañe a las alegaciones de las demandantes sobre el valor de

las declaraciones realizadas en el marco de las solicitudes presentadas al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, cabe recordar que, a tenor de reiterada jurisprudencia, ninguna disposición, ni ningún principio general del Derecho de la Unión Europea, prohíbe a la Comisión invocar contra una empresa declaraciones de otras empresas inculpadas (sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, citada en el apartado 41 *supra*, apartado 512). Por ello, las declaraciones efectuadas en el marco de la Comunicación sobre la cooperación no pueden considerarse carentes de valor probatorio por este único motivo (sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 *supra*, apartados 57 y 58).

2º. Una cierta desconfianza con respecto a las declaraciones voluntarias

de los principales participantes en un cártel ilícito es comprensible, ya que dichos participantes podrían minimizar la importancia de su contribución a la infracción y maximizar la de otros. No obstante, dada la lógica inherente al procedimiento previsto por la Comunicación sobre la cooperación, el hecho de solicitar el beneficio de su aplicación para obtener una reducción del importe de la multa, no crea necesariamente un incentivo para presentar elementos de prueba deformados respecto a los demás participantes en el cártel investigado. En efecto, toda tentativa de inducir a error a la Comisión podría poner en tela de juicio la sinceridad y la plenitud de la cooperación de la empresa y, por tanto, poner en peligro la posibilidad de que éste se beneficie completamente de la Comunicación sobre la cooperación (sentencias del Tribunal de 16 de noviembre de



2006 , Peróxidos Orgánicos/Comisión, T-120/04 , Rec. p. II-4441, apartado 70, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 *supra*, apartado 58).

3. En particular, debe considerarse que el hecho de que una persona confiese que ha cometido una infracción y reconozca así la existencia de hechos que rebasan lo que podía deducirse directamente de dichos documentos, implica *a priori*, si no concurren circunstancias especiales que indiquen lo contrario, que tal persona ha resuelto decir la verdad. De este modo, las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas especialmente fiables (sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 *supra*, apartados 211 y 212; de 26 de abril de 2007, Bolloré y otros/Comisión, T-109/02 , T-118/02 , T-122/02 , T-125/02 , T-126/02 , T-128/02 , T-129/02 , T-132/02 y T- 136/02 , Rec. p. II-947, apartado 166, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 *supra*, apartado 59).

4. Sin embargo, es jurisprudencia reiterada que no cabe considerar que la

declaración de una empresa inculpada por haber participado en una práctica colusoria, cuya exactitud es cuestionada por varias empresas inculpadas, constituye una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por estas últimas, si no es respaldada por otros elementos probatorios (sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 *supra*, apartado 219; de 25 de octubre de 2005 , Groupe Danone/Comisión, T-38/02 , Rec. p. II-4407, apartado 285, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 *supra*, apartado 293).

5. Para examinar el valor probatorio de las declaraciones de las empresas

que han presentado una solicitud al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, el Tribunal tiene en cuenta, en particular, la importancia de los indicios concordantes que apoyan la pertinencia de dichas declaraciones (véanse, en este sentido, las sentencias JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 44 *supra*, apartado 220, y Peróxidos Orgánicos/Comisión, citada en el apartado 53 *supra*, apartado 70) y la falta de indicios de que éstas tendieron a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de las otras empresas (véase, en este sentido, la sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 *supra*, apartados 62 y 295".

De entrada debe afirmarse pues, que las declaraciones del solicitante de clemencia no pueden, por este solo hecho, ni constituir las únicas prueba de cargo, salvo que la coherencia y verosimilitud de relato sea lo suficientemente convincente a los ojos del Tribunal, ni tampoco que carezcan de valor probatorio alguno, pues, en principio, deben considerarse fiables, especialmente si van acompañadas de indicios concordantes, o elementos de prueba adicionales.

El examen del expediente administrativo y una atenta lectura a la declaración de Hechos Probados de la resolución recurrida, pone de manifiesto que la CNC no se basó de forma única y exclusiva en la declaración de la mercantil solicitante de clemencia, pues como con detalle ha evidenciado el Abogado del Estado, las fuentes probatorias tienen origen diverso.

En primer lugar resulta pertinente clarificar que Transmediterránea (Acciona), con un 60% aproximado de cuota de mercado y Balearia con un 30% aproximado, operaban en la línea Algeciras/Ceuta, cuando el 19 de julio de 2008, la mercantil Förde Reederei Seetouristik Iberia SL (FRS), comenzó su actividad en la misma línea, el 19 de julio de 2008.

En este contexto, resulta de particular importancia en el presente caso el análisis del correo electrónico interno de 18 de noviembre de 2008 enviado por el Director General de Acciona al Director de Explotación de Acciona, reseñado en la página 15 de la resolución recurrida (HP 11). La validez de este documento, hallado en la inspección efectuada en la sede de Acciona, no ha sido cuestionada por las recurrentes. En el mismo, se indica literalmente lo siguiente: "Álvaro, no tengo claro que se hayan suspendido las promociones de FRS en Ceuta y que se estén aplicando los acuerdos". (figura incorporado al folio 2218). Las recurrentes descalifican este correo, alegando en su demanda que no acredita la celebración de reunión previa alguna.

No es esta nuestra valoración, pues la lectura razonable de este texto, nos permite afirmar, que desde antes del 18 de noviembre de 2008, Acciona está directamente implicada en los acuerdos colusorios. Se trata de una comunicación interna, referida de forma muy concreta a la línea Ceuta/Algeciras, se alude, como elemento problemático, a la no suspensión de las promociones efectuadas por el nuevo competidor, y se expresan dudas sobre la aplicación de "los acuerdos". Estos acuerdos que no se están respetando, aspecto cuya naturaleza y alcance no son tratados en la demanda, razonablemente se vinculan, en el contexto en el que se redacta el correo, a las reuniones previas descritas por Balearia, en las que se llegó o intentó llegar, a determinados pactos anticompetitivos, descritos en los Hechos Probados nº 6 a 10. La primera reunión anterior a la fecha del correo a la que asistió la recurrente, se celebró, según las declaraciones de Balearia, el 7 de octubre de 2010 y se trató del reparto de cuotas de mercado.



La lectura de los Hechos Probados nº 6 a 10, pone de manifiesto una unidad y reiteración de argumentos tratados en las distintas y sucesivas reuniones, que según el relato de Balearia, se inician por conversación telefónica el 20 de febrero de 2008, y que afectan al reparto de cuotas de mercado, fijación de precios y horarios, y condiciones de comercialización.

La conclusión lógica a la que llegamos, es la de que estos acuerdos se vinculan a las explotaciones de la línea explotada, razonamiento que nos conduce a dar credibilidad a las declaraciones de Balearia, pues sus manifestaciones y notas complementarias, en la medida en que se refieren a acuerdos anticompetitivos aplicables a la línea Algeciras/Ceuta, son corroboradas por el contenido del referido correo electrónico, que ratifica la existencia de acuerdos para la explotación de la línea y la preocupación ante la política comercial del nuevo competidor. Este correo, es preciso subrayarlo, fue elaborado por las recurrentes y encontrado en su sede. Se trata pues, de un elemento probatorio concordante, al que expresamente confiere carta de naturaleza probatoria, la jurisprudencia del TJUE mencionada.

Las pruebas que vinculan a la recurrente no se limitan a este único correo, pues, a lo largo de la declaración de Hechos Probados, con rigurosa mención a la documentación aprehendida en la sede de Acciona o emitida por la misma, se mencionan actuaciones de las recurrentes vinculadas no sólo al favorecimiento de las prácticas colusorias descritas, sino también a una participación activa de la misma, como ha subrayado el Abogado del Estado, y que se desarrolla en el tiempo, hasta la terminación del cártel. En este sentido, pueden citarse los Hechos Probados nº 13, correo interno sobre control de aplicación de tarifas, con explícita referencia a "trampas" o incumplimientos por parte de Balearia en relación a acuerdos adoptados al respecto, el nº 14, en el que además de la descripción de una comparativa sobre precios de promoción se acompaña un archivo en el que se anota de forma manuscrita una subida de tarifas de residentes de las tres Compañías, con la indicación "pasarla" a las otras, el nº 15, que claramente se refiere a los "acuerdos alcanzados", en materia de tarifas, promociones, rotaciones de buques y condiciones comerciales en general, y así, en diferentes ocasiones durante el año 2009, el HP 16, que menciona información estratégica reciente de las recurrentes, que está en posesión de Balearia, y los HHPP nº 22, 26, 27, 29, 30, 32, 33, 34, que revelan la existencia de contactos permanentes, tendentes a favorecer e implementar el cártel. Todo ello hasta el 15 de marzo de 2010, (Hecho Probado 38), última comunicación que de forma directa implica a las recurrentes. En ella, se menciona un correo interno de Acciona, recabado en su sede, en el que expresamente se alude a "los compromisos del viernes pasado", adjuntando un cuadro titulado "Acuerdo de 12 de marzo 2010", que contiene tarifas de pasajeros y vehículos en distintas temporadas, siempre en relación con la línea Ceuta/Algeciras y un calendario de actuación, referido a las tres Compañías.

A partir de este momento, sólo existen, o bien correos internos que vigilan el cumplimiento de los acuerdos (8 de abril de 2010, Hecho Probado 42), o bien declaraciones de Balearia reveladoras de la continuidad de los contactos hasta el 23 de abril de 2010.

Estas declaraciones de Balearia nos merecen total credibilidad, y ello por las razones que hemos expuesto, esencialmente su coherencia, verosimilitud, y ser concordantes con hechos y actuaciones plenamente acreditadas mediante la obtención de documentos hallados en la sede de las recurrentes.

En estas circunstancias, entendemos plenamente probada la participación de la recurrente en el cártel descrito en los hechos probados de esta resolución, y eso, desde su inicio, el 20 de febrero de 2008 hasta su terminación, en abril de 2010.

CUARTO: A continuación, las recurrentes plantean una serie de cuestiones vinculadas entre sí y formuladas todas ellas con carácter subsidiario. En este sentido, se destaca la falta de consideración en la resolución recurrida respecto de la ausencia de efectos nocivos de la conducta sancionada, la falta de prueba específica sobre la existencia de un acuerdo estable, dado que los contactos mencionados en los Hechos Probados, a lo sumo acreditan intentos de realización contactos. A este respecto, subrayan que la tentativa de infracción administrativa no es punible, y finalmente insiste en la, a lo sumo, intermitente participación de las recurrentes en la infracción.

La resolución recurrida en su FJ 3, procede a la calificación jurídica de la conducta sancionada como muy grave, en términos que, en lo esencial, compartimos, pues se trata de una serie de acuerdos, o reuniones con intercambio de información para la fijación de precios y condiciones comerciales.

Frente a las alegaciones de la recurrente sobre la falta de precisión del título de imputación, cabe decir que desde el punto de vista del artículo 101 TFUE y lógicamente 1.1 de la LDC, los acuerdos, prácticas concertadas y decisiones de asociaciones de empresas, "recogen formas de colusión que comparten la misma naturaleza y que sólo se distinguen por su intensidad y por las formas en las que se manifiestan", por lo que los criterios para calificar la conducta cometida, sea por objeto o por efectos, es idéntico en todos los supuestos (Sentencia del Tribunal de justicia de 4 de junio de 2009 Asunto T- Mobile C- 8/08 . apartado 23 y 24).



Por ello, resulta irrelevante si las recurrentes llegaron a suscribir formalmente acuerdos con las demás competidoras o no, pues resulta suficiente para declarar una práctica anticompetitiva, la asistencia reuniones en las que se intercambia información estratégica que afecta a precios, condiciones de comercialización, o establecimiento de cuotas de mercado, en la medida en que, de esta forma, se tiende a disminuir o debilitar la autonomía de cada empresario en orden a fijar su política de actuación en el mercado. Es más, en el supuesto de asistir a sólo una reunión, o proceder a un intercambio de información de otra forma, y no apartarse de manera pública o mediante comunicación expresa y directa, dirigida a los demás partícipes, del contenido de la misma, opera una presunción según la cual, si la empresa sigue activa en el mismo mercado, toma necesariamente en consideración la información transmitida a los efectos de determinar su conducta, lo que implica la comisión de la infracción del artículo 101 del TFUE (Sentencia T- Mobile, citada, 51 y 52).

En el presente caso, resulta probado que las recurrentes han asistido a reuniones en las que, bien se ha intentado llegar a acuerdos, bien se han efectivamente adoptado, aunque fuera por breve espacio de tiempo, volviendo a reintentarse más adelante, todo ello dentro de una misma unidad temporal y de forma consecutiva. Además, en esas reuniones se ha intercambiado información estratégica, detallada en el FJ anterior, y que en lo esencial afecta a la fijación de precios, establecimientos de cuota de mercado y condiciones de comercialización.

En cuanto a la falta de efectos nocivos en el mercado de la conducta sancionada, nuevamente la Sentencia T- Mobile, que reitera doctrina anterior, resuelve las dudas de las recurrentes, de forma adversa a sus intereses. Así, en los apartados 27 a 30, recuerda el tratamiento jurisprudencial a la distinción entre infracciones por objeto y por efectos, subrayando que la infracción lo será por su objeto, cuando, la conducta, por su propia naturaleza, sea perjudicial para el buen funcionamiento de la libre competencia, siendo el ejemplo clásico a este respecto, los acuerdos de fijación de precios, ya se hagan de forma directa o indirecta. Además deberá valorarse en el contexto en el que se produce.

En este caso, la infracción aparece de forma reiterada, en un mercado estable, y fuertemente concentrado, con dos operadores de referencia que, entre ambos, ostentaban el 90% de cuota del mercado, y un tercero recién incorporado que solo alcanza una cuota del 10%. Es decir, el cártel afectaba al 100% del mercado. Además, incidía en el único medio de transporte público entre Ceuta y Algeciras, pues la alternativa a esta línea marítima es el transporte en helicóptero de 12 pasajeros a Málaga. Es en estos supuestos de estabilidad y concentración del mercado, en los que el intercambio de información puede provocar con mayor facilidad, efectos anticompetitivos, como ha venido poniendo de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y que puede examinarse de forma sistematizada en la más reciente Sentencia del Tribunal General de 14 de marzo de 2013, asunto Dole Food Company, Inc T- 588/08 , apartados 61 y 62.

La invocación de esta Sentencia resulta también relevante para el tratamiento de diversas cuestiones suscitadas en este caso. Así, el valor probatorio de las declaraciones del solicitante de clemencia en relación con elementos incriminatorios concordantes y provenientes de otra fuente, la naturaleza y valor probatorio de un intercambio de información estratégica en orden a calificar una conducta como cártel, o la naturaleza de las infracciones por objeto y efectos. La presente Sentencia se ha alineado a estos postulados jurisprudenciales.

Una vez calificada la infracción como falta muy grave por su objeto, sólo resta aplicar una muy consolidada jurisprudencia, de la que la referida Sentencia T- Mobile, es sólo un ejemplo, que determina que en esos casos resulta irrelevante la causación concreta de perjuicios, pues lo que se reprime, es la potencialidad nociva de la conducta, que lo es por su propia naturaleza, si se desarrolla en un contexto singularizado.

Finalmente, frente a lo que las recurrentes llaman intermitente participación en la infracción, debe recordarse la doctrina del Tribunal General, plasmada en la Sentencia de 17 de mayo de 2013, Asunto MRI T-154/09 , apartados 193 y ss, que viene a reiterar una posición jurisprudencial ya conocida: la infracción, constituida por una serie de conductas individualizadas, puede calificarse como única, si se detecta un plan conjunto de actuación, en el que se detecta una identidad que afecta a los objetivos de la conducta, a las empresas participantes, a las formas de manifestación, y a los productos y servicios, pudiendo tenerse en cuenta, además, el ámbito geográfico en el que se producen. En consecuencia, resulta irrelevante que la autoridad de competencia carezca de pruebas sobre el desarrollo de la actividad colusoria en un momento concreto y específico del período de infracción sancionado, pues existe una presunción, que admite prueba en contrario, en el sentido de que la empresa en cuestión, como ocurre en este caso, ha estado presente en las actividades del cártel, durante toda la duración del mismo. Por último sólo resta precisar que, si bien la resolución de la CNC recurrida no emplea formalmente la expresión "infracción continuada", lo cierto es que es el tratamiento que ha dado al enjuiciamiento de las conductas reprimidas, pues esa multiplicidad de acuerdos o de intentos de acuerdos homogéneos en los términos exigidos por la jurisprudencia, ha sido tratada como una sola infracción, fijando fecha para su inicio y su fin.



QUINTO: La recurrente invoca la violación del principio de "non bis in idem", en la medida en que la existencia de comportamientos anticompetitivos durante los períodos OPE, ya ha sido expresamente sancionada por la CNC, por resolución de 8 de septiembre de 2010, expediente S/0080/08 en relación a los períodos Semana Santa 2008 y veranos de 2008 y 2009.

La recurrentes interpusieron recurso jurisdiccional contra la referida sanción que dio lugar a la Sentencia de esta Sala y Sección de 31 de mayo de 2012, recurso nº 608/10 , parcialmente estimatoria, y que fijó la sanción en 650.000 euros.

Por otra parte, esta Sala y Sección se ha pronunciado respecto de una cuestión idéntica a la planteada por las recurrentes, en la Sentencia de 12 de noviembre de 2013, recurso nº 18/2012 interpuesto por Balearia contra la misma resolución que es objeto de impugnación en el presente caso. En la citada resolución, FJ 4, dijimos que: "El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia sobre el principio ne bis in ídem desde la STC 2/1981 , ha establecido que debe ser considerado como parte integrante del derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 C.E .).

En el fundamento jurídico 4. de aquella Sentencia se declaró que « *El principio general de derecho conocido por non bis in ídem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones - administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración* ».

Posteriormente, en la STC 159/1987 (fundamento jurídico 3.), se declaró que dicho principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues « *semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado (Sentencia 77/1983, de 3 de octubre , fundamento jurídico 4 .)*».

El primordial enfoque de este principio es el sustantivo o material, que es el que cumple la función garantizadora que se halla en la base del derecho fundamental en juego y se orienta a evitar que el sujeto afectado reciba una doble sanción por unos mismos hechos, cuando existe idéntico fundamento para el reproche penal y el administrativo, o entre dos sanciones administrativas, y no media una relación de sujeción especial del ciudadano con la Administración.

La actora considera, en el presente caso, que existe identidad subjetiva, de hechos y fundamento, entendiéndose que procedería una reducción de la sanción de un 30%. La resolución impugnada y la Abogacía del Estado consideran que no existe identidad de fundamento, al haberse sancionado en el expediente 80/08 un cártel relativo a la utilización de las tarifas de intercambio. Sin embargo, hay que darle la razón a la recurrente al considerar que existe dicha identidad, tanto en cuanto a los sujetos, como fundamento (puesto que se sanciona un cártel prohibido por el art.1.1 de la ley 15/2007) e incluso de los hechos, puesto que existe en ambos procedimientos un período común de tiempo en que se sanciona la participación de la recurrente en un cártel (Semana Santa de 2.008, verano de 2.008 y 2.009), lo cual ha afectado tanto a las tarifas de intercambio de paso del estrecho como al resto de precios aplicables, careciendo de autonomía sancionadora suficiente la circunstancia de que en el expediente 80/2008 se tuviera sólo en cuenta el régimen de las tarifas de intercambio.

Lo cierto es que en los recursos nº 598/2010, resuelto por sentencia de 31.5.2012, y en el nº 595/2010 , resuelto por sentencia de 20.2.2012 , se estimaban parcialmente los recursos contencioso-administrativos, y se anulaba la sanción impuesta al grupo Balearia por la mencionada OPE, que quedaba fijada en la cuantía de 430.000 euros. Si bien, dichas sentencias han sido recurridas en casación a los efectos de apreciar en su correcto alcance, la infracción del ne bis in idem deberá deducirse a la sanción impuesta en el presente recurso, la sanción que definitivamente quede fijada respecto del período objeto de la operación de paso del estrecho, de 430.000 euros, en caso de desestimación del recurso de casación, o la de 1.300.000 euros que fue impuesta por resolución de 8 de septiembre de 2.010, en caso contrario, al haber una coincidencia parcial del período objeto de sanción en el presente recurso (febrero de 2.008 a abril de 2.010) con el que ya fue tenido en cuenta en la mencionada resolución de 8.9.2010"

La aplicación de la precedente doctrina al presente caso, nos conduce a la estimación parcial del recurso, subrayando que, también en este caso, nuestra Sentencia de 31 de mayo de 2012, recurso nº 608/10 , que fijó la sanción en 650.000 euros, ha sido recurrida ante el Tribunal Supremo.



Por ello, y en coherencia con lo dicho en nuestra Sentencia de 12 de noviembre de 2013, recurso nº 18/12, la cuantía de la sanción en el presente recurso, deberá modularse en función del resultado del recurso de casación referido, pues si éste es desestimado, se mantendrá el importe íntegro de la sanción inicialmente establecida y si es estimado en este punto, se minorará de dicho importe la cantidad que finalmente se establezca en dicha Sentencia de casación, y en su defecto en la cantidad que deba minorarse por prescripción de nuestra Sentencia de 31 de mayo de 2012.

SEXTO: En lo que se refiere a la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, cabe distinguir un doble capítulo, el primero, que se analiza en este FJ, está referido a la supuesta indebida aplicación de lo que las recurrentes llaman circunstancias agravantes genéricas, cuya aplicación en realidad ha servido para justificar la fijación del porcentaje del importe básico de la sanción en función de la gravedad de la conducta y su duración. La resolución ha motivado de manera suficiente, tanto la gravedad de la conducta y su calificación como falta muy grave, así como su duración, los dos parámetros absolutamente insoslayables a que se refiere el artículo 23 del Reglamento 1/2003 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Sentencia de 16 de noviembre de 2000, Asunto Sarrió, C-291/98, apartados 68 y ss) y cuya falta de justificación puede determinar la declaración de nulidad de la resolución, por insuficiente motivación.

La aplicación de las circunstancias mencionadas en el artículo 64.1 de la LDC, son, esencialmente, parámetros para determinar la gravedad de la conducta, tradicionalmente tenidos en cuenta por la jurisprudencia, y que valora y aplica la resolución sancionadora. Éstos pueden operar en beneficio o perjuicio de la infractora, en orden a calificar la gravedad de la infracción y justificar, como ocurre en el presente caso, el incremento del porcentaje para calcular el importe básico de la sanción (de un 10% a un 15%), tal y como se relata en la página 57 de la resolución recurrida. Todo ello, en aplicación de dicha norma y de las Directrices de la CNC de 9 de febrero de 2009. En este sentido puede verse "mutatis mutandi" la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2009, Asunto Prym. C-534/07, apartado 96.

La CNC ha justificado el referido incremento, en función de hechos particulares que concurren en este caso y que modulan la gravedad de la conducta inicial, calificada de muy grave por fijar precios y condiciones comerciales. Estos hechos son, la afectación del 100% del mercado por la práctica colusoria y la circunstancia muy particular de la geografía de Ceuta, ya que esta línea marítima es el único medio de comunicación con el puerto más cercano, Algeciras, contribuyendo de esta forma el cártel, de forma importante, a agravar el aislamiento de la Ciudad. A nuestro juicio estas circunstancias están perfectamente indicadas en la resolución recurrida y su toma en consideración nos parece pertinente. A ello añade el carácter manifiestamente antijurídico de la conducta de las recurrentes, que tenían por su experiencia en la explotación de la línea marítima en cuestión, un especial conocimiento del sector y de las condiciones de explotación de la misma, razón por la que le era exigible un mayor grado de aplicación. Esta circunstancia, si bien no está específicamente mencionada en el artículo 64.1 LDC, no puede ser desconocida, en primer lugar porque la mención del referido precepto a determinadas circunstancias, no opera como un numerus clausus, como evidencia la apostilla del párrafo primero, "entre otros", y por otra parte, porque la mayor o menor carga antijurídica de una conducta, puede ser razonablemente tenida en cuenta a los efectos de imponer una sanción. No existe, como la recurrente señala, un estudio por parte de la CNC acreditativo del concreto daño causado por el cártel, pero el examen de los hechos pone de manifiesto que existió la referida coordinación en la fijación de precios y establecimiento de servicios, y que al menos determinados acuerdos fueron aplicados, por lo que el daño, si bien no está cuantificado, efectivamente se produjo (HP 22).

A continuación la resolución recurrida toma en consideración determinados elementos que mitigan la gravedad de la sanción, como la no ejecución de todos los acuerdos aunque no lo califica de atenuante.

En el examen conjunto de la motivación efectuada por la CNC, debemos concluir que ha respetado los parámetros exigibles, en orden a calificar la conducta como muy grave (cártel sobre precios y condiciones comerciales en un contexto singularizado) y ha justificado el incremento del importe básico, fijado en un 15%, sobre la base de las muy particulares circunstancias y contexto socioeconómico concurrentes en el presente caso, razón por la que en este punto debe desestimarse el recurso interpuesto por las recurrentes. Por otra parte, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2009, asunto Prym, antes citada, nos recuerda en el apartado 87, que la falta de justificación o motivación de uno de los parámetros que determinan la gravedad no es causa de anulación de la resolución recurrida.

SÉPTIMO: En un segundo bloque se analizan las circunstancias modificativas de responsabilidad.

En cuanto a la imposición de la circunstancia agravante prevista en el artículo 64.2. a) de la LDC, es decir, la comisión repetida de infracciones tipificadas en la LDC, también manifestamos nuestra conformidad con el modo de proceder de la CNC. En efecto, las recurrentes fueron personal y directamente sancionadas por el TDC en la resolución de 13 de junio de 2003, expediente 543/02 por una conducta similar a la aquí sancionada, si



bien referida a la OPE, sanción ratificada por el TS. La resolución justifica, tanto la razón de ser de la agravante en cuestión, sancionar la falta de poder disuasorio de la sanción precedente, y la impone en un porcentaje del 5%, el mínimo establecido en las Directrices, habida cuenta que anteriormente tomó en cuenta la especial antijuridicidad de la conducta sancionada.

Esta forma de proceder, constatación de la sanción precedente impuesta a las recurrentes por una infracción del mismo tipo, es suficiente para la apreciación de esta circunstancia, sin que la mención a "infracción del mismo tipo" se refiera a una infracción idéntica, como parece argumentar la recurrente, pues no es eso lo que dice el artículo 64.2 a) de la LDC, que se refiere únicamente a infracciones anteriores tipificadas en la presente Ley, lo que abarca, como expresamente indica la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de junio de 2010, Asunto C-413/08, Lafarge, apartado 61, "cualquier infracción previa de las normas de competencia".

Por cierto, ello es así, aunque no se trate de una resolución firme, como la misma sentencia indica.

La recurrente estima que debieron aplicarse determinadas circunstancias atenuantes, de las que la resolución recurrida sólo analiza con detalle la relativa al solapamiento de la conducta sancionada con las obligaciones de servicio público derivadas de la OPE. Si bien para la consumación de una infracción por objeto, los efectos de la conducta sobre el mercado son irrelevantes, no lo son en lo que se refiere a la cuantificación de la sanción, perspectiva desde la que se analizan estas alegaciones. Vista la argumentación que sigue a continuación, se comprende la escasa incidencia que la prueba pericial practicada tiene en el presente caso.

La primera atenuante invocada, consiste en la no aplicación efectiva de la conducta prohibida, prevista en el artículo 64.3 b) LDC. Esta afirmación se contradice con la declaración de hechos probados que hemos aceptado, en la medida en que, si bien es cierto que determinados acuerdos no se han ejecutado, en otros casos, la recurrente incluso ha efectuado un seguimiento preciso al respecto, por lo que no cabe apreciar la atenuante. A este respecto debe recordarse la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2011, Asunto KME, C-389/10, apartados 75 a 77, que vincula la aplicación de la atenuante por la inaplicación de los acuerdos anticompetitivos, al hecho de que la inaplicación sea total, lo que no ocurre en este caso, en el que a lo sumo, puede apreciarse una distinta intensidad en su aplicación a lo largo de su duración (Hecho Probado 22, los acuerdos se aplicaron).

La segunda se refiere a la indebida aplicación de la circunstancia mencionada en el artículo 64.1 b) LDC, ya que la CNC no ha probado el daño causado a los consumidores, cuestión que ya ha sido tratada anteriormente en sentido adverso a los postulados de la recurrente, pues los acuerdos se aplicaron, aunque fuera parcialmente, y eso determina la existencia de un daño real para el mercado. No se trata de cuantificar ese daño, lo que sería propio de una reclamación de daños y perjuicios.

La tercera se refiere a la inseguridad jurídica causada por la constante intervención administrativa, con invocación de la SAN de 31 de mayo de 2012, rec. nº 608/2010. Si bien es cierto que la referida sentencia, reseñada y tomada en consideración en el FJ 5 de esta sentencia, valoró positivamente para la recurrente, la intervención administrativa como un elemento de modulación de la responsabilidad, no puede adoptarse la misma solución en este caso. Las razones que justificaron la toma en consideración de dicha coyuntura en la sentencia invocada, no pueden invocarse en este caso, pues la incidencia de la intervención administrativa fue valorada, en el supuesto invocado, en relación a la operativa del intercambio de billetes en los períodos OPE, en los que, efectivamente, existían nuevas disposiciones de la Administración que establecían el modo de proceder y que podían ser objeto de interpretaciones alternativas. Tal y como subraya el Abogado del Estado, existe una clara distinción entre las obligaciones de servicio público impuestas y las conductas sancionadas en el presente caso, en el que al margen de los períodos OPE u otras obligaciones de servicio público, se ha producido una conducta anticompetitiva.

Concluye este Fundamento Jurídico con un examen de la alegada violación del principio de proporcionalidad, que tampoco puede acogerse, pues la resolución recurrida ha tomado en consideración las circunstancias particulares de las recurrentes, para atenuar, o no agravar más la sanción.

La precaria situación financiera de la recurrente en un contexto de crisis económica, no puede justificar una mitigación de la sanción, pues como recuerda la Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2011, asunto KME, antes reseñada, apartado 97 en relación con el 85, los cárteles suelen surgir en momentos de dificultad del sector, por lo que estas dificultades, que propician la aparición de los cárteles, no pueden constituir una circunstancia atenuante. Esta doctrina, por otra parte, no es más que reiteración de una posición constante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013, asunto Roca T-412/10, apartado 163 y la de 12 de septiembre de 2007 Asunto Prym., antes reseñada, apartado 230 sobre los efectos discriminatorios de tal reducción).



Es necesario precisar que, si bien es cierto que, como indican las recurrentes, en circunstancias excepcionales, la propia Comisión ha procedido a reducir sensiblemente las multas impuestas por el motivo invocado, lo cierto, es que la jurisprudencia que las mismas invocan, muestra que sólo se ha procedido de esa forma, en circunstancias muy excepcionales que no concurren en el presente caso. A esta conclusión se llega realizando un análisis comparativo del presente supuesto y el enjuiciado en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 13 de diciembre de 2006, asunto FNCBV T-217/03, invocado por la recurrente. El apartado 359 de dicha Sentencia, justifica la reducción de la multa sobre la base, no solo de la llamada crisis de las vacas locas, sino también de las singulares circunstancias que concurrían en la federación sindical recurrente y sus misiones. En el presente caso, las recurrentes son empresas mercantiles que, como la gran mayoría en un período de crisis, han sufrido pérdidas económicas. La particularidad de las recurrentes es la de que desarrollan la actividad que en este caso ha provocado la sanción, en un mercado cautivo, pues el transporte entre Ceuta y Algeciras, única y exclusivamente puede realizarse por vía marítima, y, en ese mercado, cuentan con una cuota aproximada del 60%.

Esta situación es radicalmente distinta pues, a la valorada en la sentencia invocada por la recurrente. Por otra parte, como indica la CNC, las dificultades financieras que haya podido atravesar la recurrente a causa de la crisis económica, ya se reflejaron en la cuantificación de la multa, pues ésta se calculó sobre los datos aportados por la recurrente, correspondientes al ejercicio de 2009, año anterior al de la imposición de la sanción.

En otro orden de cosas, la recurrente invoca también la inaplicación del concepto de infracción única y continuada respecto de hechos objeto de sanción separada a la vista de que guardan cierta conexión con los que son objeto del presente enjuiciamiento. Esta pretensión no puede prosperar, pues para ello es necesario determinar si existe un plan conjunto de actuación y una homogeneidad de conductas, mercados, duración de la conducta, empresas intervinientes y objetivos. La CNC goza de un amplio margen de apreciación y, en ejercicio del mismo, no ha estimado conveniente realizar dicha calificación, por lo que no corresponde a esta jurisdicción, de carácter revisor, pronunciarse sobre la procedencia de tal decisión.

OCTAVO: En lo que respecta a la aplicación del límite del 10% en la imposición de la sanción por falta muy grave, a que se refiere el artículo 63 de la Ley de 2007, puesto en relación con la magnitud a la que ha de ser aplicado, la Sala ha llegado a la conclusión de anular parcialmente la resolución recurrida por haber aplicado la CNC el límite máximo de la sanción por falta muy grave del 10%, en relación con el volumen total de ventas de la recurrente y no sobre el volumen total del mercado afectado, alegación apuntada por la recurrente en su demanda y que desarrolla de forma específica y detallada en sus conclusiones. El razonamiento de la Sala es el siguiente:

I. Sobre la naturaleza del límite del 10%.

Hemos de examinar la alegación de la actora, contenidas tanto en la demanda como en las conclusiones, sobre la mecánica en la cuantificación de la multa impuesta.

El artículo 62 de la Ley 15/2007 establece:

"4. Son infracciones muy graves:

a. El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales."

El artículo 63 de la misma Ley:

"1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

a. Las infracciones leves con multa de hasta el 1 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

b. Las infracciones graves con multa de hasta el 5 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

c. Las infracciones muy graves con 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."

Hemos de señalar que el sistema que determinan los señalados preceptos se basa en dos elementos esenciales respecto de las infracciones muy graves:



- 1.- el volumen de negocios que ha de considerarse es el del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa,
- 2.- el máximo legal previsto es el 10% de dicho volumen.

Analizaremos la naturaleza del porcentaje del 10%.

En el ámbito del Derecho Europeo el Reglamento CEE 1/2003 determina en su artículo 23.2 :

"2. Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia:

- a) *infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado;*
- b) *contravengan una decisión que ordene la adopción de medidas cautelares adoptada en virtud del artículo 8 del presente Reglamento;*
- c) *no respeten un compromiso dotado de fuerza vinculante por decisión, con arreglo al artículo 9 del presente Reglamento.*

Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior.

Cuando la infracción de una asociación esté relacionada con las actividades de sus miembros, la multa no podrá ser superior al 10 % del importe global del volumen de negocios total de cada uno de los miembros que opere en el mercado cuyas actividades se vean afectadas por la infracción de la asociación."

En la sentencia de 12 de diciembre de 2012 , el Tribunal General afirma:

"160 Por otro lado, se desprende igualmente de reiterada jurisprudencia que el artículo 23, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 no exige que en el supuesto de que se impongan multas a varias empresas implicadas en una misma infracción, el importe de la multa impuesta a una empresa pequeña o mediana no sea superior, en porcentaje de volumen de negocios, al de las impuestas a las empresas más grandes. En realidad, de dicho precepto se desprende que, tanto en el caso de las empresas pequeñas o medianas como en el de las de mayor tamaño, procede tener en cuenta, para calcular el importe de la multa, la gravedad y la duración de la infracción. En la medida en que la Comisión imponga a cada una de las empresas implicadas en la misma infracción una multa que esté justificada en función de la gravedad y en la duración de la infracción, no puede reprochársele que las cuantías de las multas de algunas de ellas sean superiores, en porcentaje del volumen de negocios, a las de las otras empresas (sentencias del Tribunal de 5 de diciembre de 2006 , Westfalen Gassen Nederland/Comisión, T-303/02, Rec. p. II-4567, apartado 174 , y de 28 de abril de 2010, Gütermann y Zwicky/Comisión, T-456/05 y T-457/05 , Rec. p. II-1443, apartado 280).

161 En lo que atañe a la alegación de la demandante basada en el hecho de que el importe de la multa que se le impuso era muy cercana al límite máximo del 10 % del volumen global de negocios (véanse los apartados 152 y 153 supra) procede señalar que parece desconocer la naturaleza de este límite. En efecto, la cuantía correspondiente al 10 % del volumen global de negocios de un participante en una infracción a las normas de la competencia no es, a diferencia de lo que parece creer la demandante, una multa máxima, que sólo debe imponerse en el caso de las infracciones más graves. Según la jurisprudencia, se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción. La aplicación de este límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartado 283).

162 El Tribunal de Justicia también ha declarado que este límite no prohíbe que la Comisión utilice en sus cálculos de la multa un importe intermedio superior a dicho límite. Tampoco prohíbe que las operaciones de cálculo intermedias que toman en consideración la gravedad y la duración de la infracción se realicen sobre un importe que supere dicho límite. Si resultara que, al finalizar los cálculos, el importe final de la multa debe reducirse a un nivel que no sobrepase el mencionado límite superior, el hecho de que ciertos factores, tales como la gravedad y la duración de la infracción, no repercutan de manera efectiva en el importe de la multa impuesta es una mera consecuencia de la aplicación de dicho límite superior al importe final (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartados 278 y 279).

163 De ello se desprende que, el mero hecho de que la multa impuesta a la demandante se halle cerca del umbral del 10 % de su volumen de negocios, en tanto que el porcentaje es inferior para otros participantes en el cártel, no puede constituir una vulneración del principio de igualdad de trato o de proporcionalidad. En efecto, esa consecuencia es inherente a la interpretación del umbral del 10 % exclusivamente como un umbral de nivelación,



que se aplica tras una eventual reducción del importe de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad (sentencia del Tribunal de 16 de junio de 2011, Putters International/Comisión, T-211/08 , Rec. p. II-0000, apartado 74).

164 Por el mismo motivo, el mero hecho de que, debido a la aplicación de este umbral, incluso en el supuesto de una infracción todavía más grave, no se impondría a la demandante una multa significativamente superior, no demuestra que el importe de la multa que le impuso la Decisión impugnada sea desproporcionado. En todo caso, procede señalar, más generalmente, que la apreciación del carácter desproporcionado o no del importe de la multa impuesta a una empresa por una infracción de las normas de la competencia no puede realizarse sobre la base de una comparación entre la multa efectivamente impuesta y la que debería haberse impuesto por una infracción hipotéticamente más grave, puesto que se supone que las empresas han de respetar las normas de la competencia y no infringirlas. Procede señalar, además, que para justificar la tesis de que la infracción que cometió no era tan grave como habría podido serlo, la demandante reitera alegaciones que, según se desprende de los apartados 86 a 89 y 97 a 106 anteriores, deben desestimarse por infundadas."

Fuera de toda duda la prevalencia del Derecho europeo sobre el nacional en virtud de cesión de soberanía, reiteradamente declarado por el Tribunal de Luxemburgo ya desde la sentencia Costa vs Enel, y, posteriormente, sentencia Simmental y sentencia Kreil. Ahora bien, hemos de señalar desde ahora que el Reglamento CEE 1/2003 regula, en lo que nos interesa, la atribución de competencias sancionadoras a la Comisión, y desde tal presupuesto ha de entenderse la interpretación de la naturaleza del límite del 10% que realiza el Tribunal General en la sentencia parcialmente transcrita.

La prevalencia del Derecho Europeo no implica que el esquema de atribución de competencias a la Comisión en materia de Defensa de la Competencia, implique su traslado automático a los órganos nacionales de Defensa de la Competencia, dada su diferente naturaleza y ámbito de actuación:

a) Respecto a la naturaleza, no puede calificarse a la Comisión de órgano administrativo equiparable a los del Derecho español. Basta ver las funciones que le vienen atribuidas en el TFUE para sostener tal afirmación, entre otros en el artículo 289 (*El procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión*), o en el artículo 290 (*Un acto legislativo podrá delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo*)

b) En cuanto al ámbito de actuación, el Reglamento CEE 1/2003 determina en su artículo 4 :

"A efectos de la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión dispondrá de las competencias previstas en el presente Reglamento."

A continuación, el Reglamento regula las competencias de la Comisión. Entre estas competencias destaca la sancionadora en los términos del artículo 23 del Reglamento.

Debemos concluir que la organización de las facultades sancionadoras y su atribución a un órgano administrativo nacional no han de coincidir, en virtud del principio de prevalencia, con el alcance y facultades que el Reglamento CEE otorga a la Comisión. Y ello resulta de dos elementos:

a) el artículo 23 atribuye las facultades sancionadoras a la Comisión sin remisión a las autoridades nacionales en cuanto a su ejercicio, y por ello la facultad de sancionar en los términos recogidos en el reglamento solo es aplicable a la Comisión;

b) No así respecto de la aplicación de las normas que configuran las infracciones en los artículos 101 y 102 del TFUE - antes 81 y 82 -, como expresamente resulta del artículo 5 del Reglamento CEE 1/2003 :

"Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes:

- orden de cesación de la infracción,

- adopción de medidas cautelares,

- aceptación de compromisos,

- imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional."

Resulta clara que la tipificación europea de las conductas contrarias a la libre competencia vinculan a las autoridades nacionales - sin perjuicio de la facultad del artículo 3 del Reglamento "Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones

nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral." -; pero también resulta claro que la imposición de las multas sancionadoras se rige por el Derecho nacional.

Así cosas, la interpretación de la naturaleza del límite del 10% de sanción a que se refieren los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007, ha de hacerse conforme a la legislación nacional española; y a tal efecto, es esencial la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución.

En este punto hemos de recordar lo dicho en la sentencia del TC 100/2003, de 2 de junio de 2003:

"El punto de partida de esta síntesis ha de ser la doctrina expresada por la STC 42/1987, de 7 de abril. En esta Sentencia se dice lo siguiente respecto del contenido del art. 25.1 CE: «El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla nullum crimen nulla poena sine lege, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía.

La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término 'legislación vigente' contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora» (loc. cit., FJ 2). Recientemente hemos hecho hincapié en esta doble garantía en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3.

En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de lex certa, «que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones» (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 123/2001, de 4 de junio, FJ 11). Con ello hemos puesto el acento en la consideración de dicho mandato como una garantía de la denominada vertiente subjetiva de la seguridad jurídica (según la expresión utilizada en las SSTC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11, y 196/2002, de 28 de octubre, FJ 5), lo que hace recaer sobre el legislador el deber de configurar las leyes sancionadoras con el «máximo esfuerzo posible» [STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7 c)] para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. En palabras de la STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3, la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita «predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa» [en los mismos o parecidos términos, SSTC 53/1994, de 24 de febrero, FJ 4 a); 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 124/2000, de 19 de julio, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3]. Observada desde su envés, esta garantía conlleva la inadmisibilidad de «formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador» (STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5)."

La certeza implica una determinación clara en cuanto a la sanción aplicable, estableciendo, al menos, un mínimo y un máximo, que permita graduar la sanción administrativa, ya sea aplicando, con especialidades, los criterios del Código Penal.

En cuanto a la reserva de Ley en la determinación de las sanciones administrativas, continua la citada sentencia:

"Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite «una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley» (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10; y 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4). En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3, reiterando lo ya dicho en el fundamento jurídico 3 de la STC 305/1993, de 25 de octubre, «el art. 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley»."

Por ello, los criterios de la CNC en cuanto a la aplicación de las sanciones, puede alcanzar a una graduación dentro de la previsión legal, lo que el TC denomina "cuadro de las existentes".

Interpretar los artículos 10 y 63 en el sentido de que el 10% del volumen de negocios opera exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones que la CNC pueda imponer, de suerte que tal órgano administrativo es libre de aplicar cualesquiera porcentajes sobre el valor de las ventas de los bienes y servicios en relación directa o indirecta con la infracción, contradice frontalmente el principio de Lex certa y reserva legal, respecto de las sanciones administrativas que recoge el artículo 25 de la Constitución en la interpretación que de este precepto nos da el TC.

La literalidad de los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007, permite su interpretación según los parámetros señalados por el TC, lo que hace improcedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley, solo posible cuando la norma legal no permita una interpretación conforme a la Constitución.

En conclusión hemos de señalar:

a) Una interpretación del límite del 10% conforme a la Constitución, exige entender que el mínimo de la sanción será el 0% y el máximo el 10% debiendo graduarse la multa dentro de esta escala, según las agravantes y atenuantes concurrentes, valorando su duración y gravedad, desde la perspectiva de la escala establecida por el legislador de 2007, respecto de las infracciones leves - hasta el 1% -, de las graves - hasta el 5% -, y de las muy graves - hasta el 10% -. Nada impide que las respectivas multas se fijen en atención a toda la escala, pero razonando en cada caso la concreta gravedad en la conducta de cada infractor que justifique la fijación del concreto porcentaje.

b) Las amplias facultades que el Reglamento CEE 1/2003 otorga a la Comisión en la graduación de las sanciones, no son trasladables a la CNC, de una parte, porque el Derecho Europeo no se las concede, de otra parte, porque el Derecho español lo impide por rango constitucional, y, por último, porque no existe semejanza entre la naturaleza jurídica de la Comisión y de la CNC.

La Disposición Adicional Tercera de la Ley 15/2007 dispone:

"La Comisión Nacional de la Competencia podrá publicar Comunicaciones aclarando los principios que guían su actuación en aplicación de la presente Ley. En particular, las Comunicaciones referentes a los artículos 1 a 3 de esta Ley se publicarán oído el Consejo de Defensa de la Competencia."

Del contenido anterior, se concluye que la CNC en sus comunicaciones puede aclarar los principios que guían su actuación en aplicación de la Ley, pero ello no implica una habilitación para fijar las sanciones.

Por ello la Sala ha concluido en otros recursos en los que se planteaba el actual problema, que el límite del 10% es el máximo de la sanción que puede imponerse, y no, como se ha discutido, y a ello hace referencia la respuesta del Sr. Abogado del Estado a la cuestión planteada por la Sala; un umbral de nivelación que fija el máximo al que puede ascender la sanción, porque tal interpretación, implica necesariamente que la Ley no ha fijado la escala de sanciones, lo que sería contrario al principio de reserva legal establecido en el artículo 25 de la Constitución, en los términos examinados.

La única interpretación conforme a la Constitución, es admitir que el artículo 63 de la Ley 15/2007 - y antes el 10 de la Ley 16/1989 -, fijan una escala de sanciones y no tan sólo un umbral de nivelación que dejaría huérfana de regulación legal las sanciones aplicables.

En este sentido se expresó la sentencia del TS de 6 de marzo de 2003 al señalar que no se observaba vicio de inconstitucionalidad en el artículo 10 de la Ley 16/1989, pues entendió que tal artículo señalaba el máximo de multa pecuniaria, y admitía la posibilidad de una graduación razonada atendiendo también a los criterios legalmente establecidos.

II: Sobre la base que ha de aplicarse el límite del 10%.

El artículo 10 de la Ley 16/1989 determinaba:

"... multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal."

El artículo 63 de la Ley 15/2007 :

"Las infracciones muy graves con 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."

Queda fuera de duda el parámetro temporal dada la claridad de los preceptos *ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*, la referencia lo es al volumen de negocios del año anterior a la fecha de la Resolución de la CNC.



Se plantean, sin embargo, problemas de interpretación en el concepto "... volumen de ventas..." o "... volumen de negocios total...": y ello, porque la empresa infractora puede realizar actividades económicas variadas, o, lo que es lo mismo, operar en distintos sectores económicos. Es necesario determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora.

Desde este punto de vista cabe entender que volumen de negocios total, viene referido a la total actividad económica de la empresa infractora en todas sus ramas de actividad, o el volumen de negocios total en la rama de actividad en la que se ha producido la infracción.

Para determinar el sentido de la norma atenderemos:

- a) la proporcionalidad: tomar las totales actividades de la empresa, aún aquellas ajenas al ámbito de la infracción, no es proporcional a la infracción reprimida,
- b) finalidad de la norma: consiste en la reprobación de las conductas contrarias a la libre competencia, en el ámbito donde se produzcan, y
- c) ámbito de la vulneración: el sector afectado por la conducta es el parámetro de protección de la libre competencia.

Todo ello nos lleva a concluir que el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción.

Este es también el criterio seguido por la Comisión al que se refiere la sentencia de 12 de diciembre de 2012 del Tribunal General antes citada:

"21 En primer lugar, la Comisión determina un importe de base para cada empresa o asociación de empresas. A tal efecto, la Comisión utiliza el valor de las ventas de bienes o de servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción, en el sector geográfico correspondiente (apartado 13). El importe de base de la multa se vincula a una proporción del valor de las ventas, determinada en función del grado de gravedad de la infracción, multiplicada por el número de años de infracción (apartado 19). Los períodos de más de seis meses pero de menos de un año se cuentan como un año completo (apartado 24). Por regla general, la proporción del valor de las ventas que se tendrá en cuenta puede alcanzar hasta el 30 % (apartado 21)."

La vinculación del valor de las ventas de bienes o servicios en relación directa o indirecta con la infracción en el sector geográfico correspondiente, es precisamente el parámetro establecido para la determinación de las sanciones que deben imponerse, pero como en nuestro Derecho esas sanciones han de venir establecidas por la Ley - y el Reglamento CEE 1/2003, en su artículo 5 remite la imposición de las sanciones al Derecho interno -, el parámetro del mercado afectado directa o indirectamente por la infracción ha de venir referido al cuadro de sanciones del artículo 63 de la Ley 15/2007 .

El artículo 3 del Código Civil establece:

"1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas."

El criterio gramatical no es suficiente para resolver el problema, pues el precepto de aplicación se refiere al *volumen de negocios total de la empresa infractora* , pero sin especificar a) si el volumen de negocios total lo es en todas las ramas de actividad o tan sólo en la afectada, b) si el concepto de empresa viene referido a la "unidad patrimonial autónoma y compleja" a través de la cual se realiza la actividad económica, a la personalidad jurídica de la entidad infractora o al grupo empresarial en que se integra de existir éste. Lo que resulta claro, es que se excluye de la base para la imposición de la sanción el concepto de volumen de operaciones afectadas por la infracción, pues el concepto de "volumen de negocios total" no puede incluir tan solo las operaciones afectadas por la infracción sino que ha de ser más amplio, precisamente porque se señala el término "total"

No es el criterio gramatical suficiente para solucionar el problema jurídico que se plantea, pues los conceptos que contiene el precepto admiten, desde el punto de vista jurídico, diversas acepciones y delimitaciones; por tal razón hemos acudido "al espíritu y finalidad" de la norma para la delimitación del concepto que encierra y que es, precisamente, la base sobre la que debe aplicarse la sanción.

Por último, hemos de señalar, de una parte, que la interpretación normativa ha de venir resuelta por parámetros de prevalencia del Derecho europeo y de constitucionalidad en primer término, que deben operar con preferencia a la voluntad del legislador, pues tanto el Derecho Europeo como la Constitución son normas



prevalente a las de rango de Ley. De otra parte, el supuesto en que una empresa haya cesado en su actividad con anterioridad al año anterior a la Resolución de la CNC, es irrelevante, pues en tal caso, tampoco podría aplicarse el 10% como umbral de nivelación, y, en todo caso, el criterio temporal de la norma es claro.

Aplicando esta doctrina al caso de autos, el máximo de la sanción lo es el 10% del volumen de negocios del ejercicio anterior, en el ámbito en el que se produjo la infracción.

La recurrente señala que su volumen de negocios en el mercado afectado es sensiblemente inferior al total de la empresa, por lo que la sanción impuesta sobrepasa ampliamente el límite legalmente establecido, razón por la que, también por este motivo la resolución recurrida debería ser anulada.

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso, en cuanto la conducta enjuiciada es contraria a la libre competencia, pero la sanción impuesta ha de ser anulada.

NOVENO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLO

Estimamos en parte el recurso interpuesto y en consecuencia anulamos el acto impugnado a los efectos de que la Comisión Nacional de la Competencia proceda a dictar una nueva resolución respetuosa con los límites máximos legalmente establecidos, en los términos indicados en los FFJJ 5 y 8 de esta resolución. Confirmamos el acto impugnado en los restantes extremos. Sin costas. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 248 de la LOPJ, al tiempo de notificar la presente sentencia, se indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ordinario ante la Sala III del Tribunal Supremo, que podrá preparar ante este mismo Tribunal en los diez días siguientes a la notificación de la Sentencia.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO, a la sentencia de 7 de abril de 2014 dictada en el recurso 6/12.

La sentencia de la que discrepo plantea dos cuestiones vinculadas a la aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC), que deben resolverse, en mi opinión, en sentido distinto al adoptado por la mayoría:

- a) La primera: sobre la naturaleza, para fijar la multa, del porcentaje del 10% del volumen de negocios de la empresa sancionada.
- b) La segunda: sobre la base que este límite debe aplicarse.

PRIMERO : Por lo que respecta a la primera de las cuestiones referidas, esto es, la determinación de la naturaleza del límite del 10%, mi discrepancia se refiere al FJ 8 de la sentencia de referencia, y la formulo en los siguientes términos:

1º. En mi opinión, la distinta naturaleza jurídica de la Comisión Europea y la CNC, no tiene la importancia que la sentencia le confiere. Sin duda, su régimen jurídico y estatuto son distintos, pero ambas son, en lo que a este caso afecta, organizaciones administrativas que imponen sanciones en materia de libre competencia, siendo estas sanciones de naturaleza penal, a los efectos de la Convención de Roma de 4 de noviembre de 1950.

Esta regulación, sanción penal impuesta por la Administración, resulta compatible con la Convención, si las resoluciones que se dictan son susceptibles de ser controladas por un órgano judicial independiente, que merezca tal calificación según los parámetros del artículo 6 de la Convención y que actúe con plena jurisdicción. A este respecto me remito al apartado 59 y concordantes de la STEDH de 27 de septiembre de 2011, asunto Menarini. Tanto el sistema de la Unión como el español, cumplen con estas exigencias, por lo que no se plantea cuestión relevante en cuanto a la naturaleza del órgano sancionador.

2º Tampoco comparto, por las razones que se exponen en los apartados siguientes, la afirmación que se hace en la Sentencia, en el sentido de que cuando la normativa española (artículo 63 LDC) impone un límite máximo para las sanciones del 10% del volumen total de negocios de la empresa sancionada en el ejercicio anterior,



dicho límite debe identificarse con el grado máximo que puede imponerse a las infracciones muy graves, y no como indica el Tribunal General, con un umbral de nivelación. Según la Sentencia, esta interpretación sólo sería válida para la actuación de la Comisión Europea.

En caso contrario, estima la Sentencia, la regulación española debería calificarse como inconstitucional por violación del artículo 25 CE, lo que expresamente descarta a la vista de la jurisprudencia del TS al respecto.

3º. El Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 sobre la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en la actualidad artículos 101 y 102 TFUE), en su artículo 23. 2 y 3, ciertamente sólo menciona a la Comisión como órgano competente para la imposición de las multas sancionadoras por infracción de los artículos 81 y 82. Además, establece como únicos criterios para determinar su importe, el de la gravedad de la conducta y el de su duración, indicando que la multa no podrá superar el 10% del volumen total de negocios de la empresa sancionada en el ejercicio anterior, todo ello sin establecer una escala de infracciones y sanciones y sin mencionar otros criterios de graduación de la multa.

No obstante, resulta adecuado tomar en consideración los siguientes aspectos: a) La CNC es competente para aplicar en España los artículos 101 y 102 del TFUE. Para hacer efectivo el respeto a las reglas de la libre competencia, podrá imponer sanciones (artículo 5 y considerando 29 del Reglamento 1/2003). Estas sanciones tienen como finalidad garantizar el efecto útil de los artículos 101 y 102 TFUE. b) Si bien los principios enunciados en los artículos 101 y 102 TFUE, confieren un protagonismo especial a los órganos de la Unión, debe fomentarse la participación de los Estados nacionales en la aplicación eficaz de las normas de competencia (considerando 34 del Reglamento 1/2003) c) Cuando el Reglamento 1/2003 estima que determinados aspectos del mismo no son de directa aplicación en los Estados miembros, así lo indica, como es el caso de las reglas para valoración de la prueba y para la determinación de los hechos, y precisa a continuación, que ello será posible siempre que las disposiciones nacionales sean compatibles con los principios generales del Derecho Comunitario (considerando 5 del Reglamento 1/2003).

4º. Resulta pertinente en el presente caso la cita de la STJUE de 4 de junio de 2009 Asunto T- Mobile C-8/08, apartados 49 a 51 y las Conclusiones de 19 de febrero de 2009, de la Abogado General J. Kokott en el mismo asunto, apartados 81 y ss. Si bien en materia de procedimiento, que no de derecho sustantivo, los Tribunales nacionales gozan de un margen de actuación, el mismo está sujeto a los principios de equivalencia y efectividad, y debe garantizarse, en todo caso, el efecto útil del artículo 101 del TFUE. Llamo especialmente la atención sobre el apartado 85 de estas Conclusiones, asumido sin género de dudas por la sentencia en el examen de la segunda cuestión prejudicial planteada, en el que se califica de crucial la interpretación uniforme en todo el territorio de la Unión, del artículo 81 del Tratado CE, hoy, 101 TFUE.

5º. En el presente caso, el artículo 63 LDC establece que el importe de la multa por infracción de los artículos 101 y 102 TFUE, no puede ser superior al 10% del volumen total de negocios de la empresa infractora en el año anterior a la comisión de la infracción, y es, en este punto, fiel trasunto del Reglamento 1/2003.

Por esta razón, debe interpretarse necesariamente por todos los órganos jurisdiccionales nacionales, en la forma que lo ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante sus resoluciones, ya sean, tanto del Tribunal de Justicia, como del Tribunal General. Ambas jurisdicciones son llamadas por el artículo 19 del TUE a garantizar, en nombre de la Institución en la que se integran, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el respeto del Derecho en la aplicación e interpretación de los Tratados.

6º En estas circunstancias, solo cabe recordar que la jurisprudencia del Tribunal General y del Tribunal de Justicia, es unánime cuando indica que el límite del 10%, no se identifica con la multa máxima que puede imponerse a las infracciones muy graves, sino que opera como un umbral de nivelación.

En consecuencia, se calculará la multa en función esencialmente de los criterios de gravedad y duración de la infracción, con la aplicación, en su caso, de las circunstancias modificativas de responsabilidad que se estimen pertinentes, y desde el respeto a los principios de proporcionalidad e igualdad de trato.

En definitiva, atendiendo a las particulares circunstancias del caso, la autoridad de competencia podría establecer una sanción muy superior a ese 10%, del volumen total de negocio del ejercicio anterior, pero en la práctica no podría exigir su pago, porque en ese momento operaría el límite referido y la sanción no sería exigible más allá del mismo. Por ello se califica como umbral de nivelación y no como límite máximo de la sanción por falta muy grave.

Esta construcción tiene consecuencias prácticas importantes. Permite desvincular del principio de proporcionalidad o igualdad de trato, los supuestos de imposición de multas sancionadoras por infracción de los artículos 101 y 102 TFUE impuestas en el mismo límite del 10%. En este sentido puede citarse la sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2012, asunto T- 352/09, Novácké chemické závody a.s., apartado 161 y ss, que simplemente reitera doctrina anterior.



Por estas razones estimo que la única interpretación que cabe respecto del referido límite del 10%, es la que acaba de exponerse, sin que sea posible una reinterpretación del mismo realizada en clave nacional.

7º. Una cuestión distinta es la de si el sistema regulado en los artículos 63 y 64 de la LDC, que es más explícito y garantista que el establecido en la normativa de la Unión, en la obviamente se inspira, resulta compatible con el marco constitucional español, y en concreto con artículo 25 CE y el principio de taxatividad (STC 100/2003).

La sentencia de la que discrepo aborda también esta cuestión, en términos que entiendo que deben ser matizados, pues para justificar la constitucionalidad de los preceptos citados, descarta la naturaleza del límite del 10% como umbral de nivelación, afirmación que, como he dicho, resulta intangible para el juzgador español.

El Tribunal Supremo en varias sentencias desde la inicial STS de 6-3-2003 RC 9710/1997, hasta la más reciente de 28-1-2013 RC 7280/2005, se ha manifestado, de forma constante, en el sentido de que el artículo 10 de la Ley 16/1989, precedente de los actuales artículos 63 y 64 de la LDC, no infringía el artículo 25 CE, y en concreto el principio de taxatividad.

Un examen comparativo de ambos textos legales, nos permite concluir sin dificultad, que la nueva normativa introduce mayores garantías, por lo que, razonablemente cabe entender que la citada doctrina jurisprudencial no se ha visto alterada por la modificación legal, razón por la que no creo pertinente ahondar en esta cuestión, pues basta la remisión a dicha jurisprudencia.

8º De no aceptarse la interpretación que propongo, queda, naturalmente a salvo, la posibilidad de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, o de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, poniendo de manifiesto el distinto grado de protección de los Derechos Fundamentales en el ámbito nacional y de la Unión.

Personalmente, ni comparto, ni propongo, ninguna de las dos medidas, teniendo en cuenta, por una parte, la clara y reiterada posición del Tribunal Supremo, y la uniformidad absoluta de la doctrina jurisprudencial del TJUE sobre esta cuestión, apoyada en la necesidad, calificada como esencial, de la aplicación uniforme de los artículos 101 y 102 TFUE.

Resulta de interés a este respecto la lectura de las SSTJUE de 26 de febrero de 2013, asunto Melloni C-399/11, y de 22 de junio de 2010, asuntos Aziz Malki y Selim Abdeli, C-188 y 189/10.

SEGUNDO : En lo que respecta al segundo motivo de discrepancia al que he hecho referencia, esto es, la base sobre la que dicho límite debe aplicarse, que se trata también en el FJ 8 de la sentencia de la que discrepo, me remito directamente al voto formulado en su día por la antigua Magistrada de esta Sección D^a Lucía Acín, reiterado en distintas ocasiones, que transcribo a continuación:

"Los motivos por los que considero que el límite del 10% del volumen de ventas o de negocios total de la empresa infractora fijado en el artículo 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 no viene referido al volumen de negocios en el ámbito de la actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción, esto es al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción, sino a todo el negocio de la empresa son los siguientes:

1) El hecho de que se haya introducido la palabra "total" en la nueva Ley 15/2007 de defensa de la competencia para referirse al volumen de negocios. Así el artículo 10 de la Ley 16/1989 fijaba como límite de la cuantía de las sanciones "multa de hasta 150.000.000 ptas. (900.000 euros), cuantía que podía ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal". La Ley 15/2007 que deroga la anterior establece en el artículo 63 1 c) como límite de la sanción por la comisión de infracciones muy graves "multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa". En los comentarios realizados al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia (publicados en la pagina web de la CNC), algunos de los despachos de abogados consultados manifestaron en relación con el importe máximo de las sanciones que era necesario introducir dos "modificaciones". Por una parte sugerían que debería tomarse únicamente en cuenta el volumen de ventas realizado en el mercado afectado por la infracción. De esta forma indicaban se evitaba que se tomen bases de cálculo diferentes en función de cómo estén estructuradas jurídicamente las empresas (e.g. una sola sociedad con varias actividades o con una filial independiente por actividad) y por otra el año de referencia debería ser el último en que se cometió la infracción. La nueva Ley no introduce ninguna de esas modificaciones sugeridas sino que al contrario introduce la palabra "total" precisamente para aclarar que se refiere a todo el volumen total y no limitado al volumen de ventas en el mercado afectado.

2) La redacción del artículo 63. 1 c) de la Ley 15/2007 coincide con la redacción del artículo 23.2 del Reglamento CEE 1/2003 que después de establecer que la Comisión puede imponer multas a las empresas que infrinjan las disposiciones del artículo 81 y 82 del Tratado señala que "por cada empresa o asociación



de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior".

4) Se indica en la sentencia que el tomar las totales actividades de la empresa, aun aquellas ajenas al ámbito de la infracción no es proporcional a la infracción reprimida teniendo en cuenta la finalidad de la norma y el ámbito de vulneración.

El importe de base de la multa se vincula a una proporción del valor de las ventas, determinada en función de los criterios establecidos en el artículo 64 (características del mercado afectado, cuota alcance de la infracción, efectos), teniendo en cuenta el período de participación en la infracción. Tanto las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23 apartado 2 letra a) del Reglamento CE 1/2003 (DO 1/9/2006) como la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la cuantificación de las sanciones se establece que el importe básico de la multa se calcula en función de un porcentaje del valor de las ventas vinculadas a la infracción, pero añade que se multiplica por un coeficiente teniendo en cuenta el número de años de participación en la misma. El porcentaje del valor de las ventas depende de la gravedad de la infracción (naturaleza de la misma, cuota de mercado acumulada de todas las partes afectadas, amplitud geográfica, etc.) y puede llegar hasta el 30 % si concurren una serie de circunstancias y que se incrementará o reducirá en función de la concurrencia de agravantes o atenuantes.

En los casos en que la aplicación de este criterio (porcentaje del volumen de ventas en el mercado afectado) multiplicado por un coeficiente según los años que ha durado la infracción supere el límite del 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior se reduce la sanción a ese límite. Así ha sido aplicado por la Comisión Europea y analizado en la sentencia del TGUE de 16 de junio de 2011 caso Puffers International/Comisión en el que la Comisión redujo la sanción que correspondería por aplicación de las Directrices (porcentaje del volumen de negocios del mercado afectado multiplicado por un coeficiente según el número de años) al umbral del 10% establecido como límite de la sanción en el artículo 23 del Reglamento CE 1/2003 y señaló que "esa consecuencia es inherente a la interpretación del umbral del 10% exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad".

Por tanto no se puede identificar "volumen de ventas afectado por la infracción" con el "volumen de negocio global o total". El primero es el que se tiene en cuenta tanto en las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23 apartado 2 letra a) del Reglamento CE 1/2003 (DO 1/9/2006) como en la Comunicación de la CNC para la cuantificación de las sanciones para calcular el importe básico de la sanción y viene determinado por "las ventas obtenidas por el infractor en los mercados del producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos durante el tiempo que la infracción ha tenido lugar". El segundo "volumen de negocios total" se refiere al volumen total del negocio de la empresa y no limitado al mercado afectado por la infracción y sobre el que se establece el límite máximo de la sanción en el artículo 63 LDC 15/2007 y por ello viene referido al ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa ya que se tiene en cuenta la situación de la empresa para hacer frente al pago de la multa en un momento próximo a su pago (momento en el que generalmente ha cesado la infracción y por tanto no tiene relación con el volumen realizado durante el periodo de comisión de la infracción).

El mercado afectado por la infracción es uno de los criterios para graduar la sanción conforme al artículo 10. 2 b) de la Ley 16/1989 y 64. 1 b) de la Ley 15/2007 ... pero no constituye el parámetro para determinar el límite de la sanción máxima que se puede imponer conforme al artículo 10.1 de la Ley 16/1989 y 63.1 c) de la Ley 15/2007 .

5) Si se aplica el criterio mantenido por la mayoría de mis compañeros que limita el importe máximo de la sanción al 10% de volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en el mercado afectado en el último ejercicio inmediatamente anterior al de la resolución de la CNC y no al volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en ese mercado durante el tiempo que cada empresa ha participado en la infracción se pierde el efecto disuasorio de la multa ya que 1) basta a la empresa dejar de operar o que disminuya la realización de operaciones en ese mercado cuando conoce el inicio de una investigación teniendo en cuenta que el plazo desde que se inicia un expediente hasta que se dicta una resolución es de 18 meses y por tanto se va a tener en cuenta el volumen de operaciones realizadas durante la tramitación del expediente en que ya ha cesado la conducta anticompetitiva. Ello puede determinar que al no haber realizado actividad alguna en ese mercado en el último año el importe máximo de la multa sea cero 2) supone un agravio para las empresas que han participado en un corto período de tiempo frente a los que han intervenido durante todo el período de duración de la conducta infractora 3) no se vincula el importe de la infracción al volumen de ventas obtenido en el período de duración de la infracción 4) supone una reducción considerable del importe de la multa (en algunos casos si ha cesado de operar en ese mercado implica la imposibilidad de imponer



sanción) que en algunos casos puede determinar que dicho importe ni siquiera supere el beneficio obtenido por la realización de la practica restrictiva".

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, en audiencia pública.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ