



Roj: **SAN 1980/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:1980**

Id Cendoj: **28079230062014100263**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **07/04/2014**

Nº de Recurso: **573/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1980/2014,**  
**SAN 2990/2018**

## **SENTENCIA**

Madrid, a siete de abril de dos mil catorce.

**Visto** el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Transportes Internacionales Intertir S.L.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Francisco Velasco Muñoz Cuellar, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 31 de julio de 2010**, relativa sanción, siendo **Codemandada** DSV Air & Sea SAU, y la cuantía del presente recurso 317.000 euros.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Transportes Internacionales Intertir S.L., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Francisco Velasco Muñoz Cuellar, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 31 de julio de 2010, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta.

**SEGUNDO** : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

**TERCERO** : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 18 de marzo de dos mil catorce. No habiéndose podido terminar la deliberación en el día señalado, se acordó continuar con la misma el día 25 de marzo de 2014, en el cual concluyó. Tal circunstancia fue comunicada a las partes personadas por providencia del mismo día 18 de marzo de 2014.

**CUARTO** : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

## **FUNDAMENTOS JURIDICOS**



**PRIMERO** : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 31 de julio de 2010, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 317.000 euros por resultar acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 15 /2007 de 17 de julio de Defensa.

La Resolución impugnada declara en su parte dispositiva, en lo que ahora interesa:

*"PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente ha quedado acreditada la existencia de una conducta colusoria prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007 y 101 del TFUE en los términos descritos en los Fundamentos de Derecho Cuarto, Quinto y Sexto de esta Resolución.*

*SEGUNDO.- Declarar responsables de esta infracción a ABX LOGISTICS ESPAÑA, S.A. (actualmente denominada, DSV AIR & SEA, S.A.), DHL EXPRESS BARCELONA SPAIN, S.L. y su matriz DEUTSCHE POST AG, RHENUS LOGISTICS, S.A., SALVAT LOGÍSTICA, S.A., SPAIN-TIR TRANSPORTES INTERNACIONALES, S.A., TRANSNATUR, S.A. y TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR, S.L...*

*QUINTO.- Imponer una multa de:*

*317.000 euros a TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR, S.L.*

*SEXTO.- Intimar a las empresas relacionadas en el Resuelve Segundo a que en lo sucesivo se abstengan de realizar las conductas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente..."*

**SEGUNDO** : De los hechos que la Resolución impugnada declara probados, hemos de destacar:

*"RAMINTER*

*TRANSPORTES Y NAVEGACIÓN RAMÍREZ HERMANOS, S.A. y TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR, S.L. son dos sociedades cuyo accionariado se compone de las mismas personas físicas, detentando su Administrador Único el 51% de su capital social.*

*- TRANSPORTES Y NAVEGACIÓN RAMIREZ HERMANOS, S.A. es una empresa transitaria en expediciones marítimas y aéreas para todo el mundo que presta servicios de despacho de aduanas.*

*- TRANSPORTES INTERNACIONALES INTER-TIR, S.L. es una empresa transitaria en expediciones terrestres para la mayoría de países europeos.*

*SEGUNDO. El sector*

*Dentro del sector del transporte de mercancías, la Dirección de Investigación considera relevante para este expediente el mercado español de la prestación de servicios de actividades transitarias por carretera, es decir de servicios de organización y planificación del transporte de mercancías de terceros, o de expedición de carga y, en particular, de aquellos que tienen que ver con el tránsito aduanero o, al menos, con el internacional.*

*En España, quién se encarga de la organización o planificación de los transportes internacionales y, en todo caso, de aquellos que se efectúen en régimen de tránsito aduanero, son los transitarios, que también pueden realizar dichas funciones en relación con transportes internos, pero sólo en el caso que el transporte suponga la continuación de un transporte internacional cuya gestión se le haya encomendado.*

*Un transitario o empresa transitaria coordina y organiza la totalidad de operaciones de expedición de mercancías con arreglo a las necesidades de su cliente -desde el punto de recogida que éste haya fijado, hasta el punto de destino en el país donde éste se encuentre-, contratando directamente con su cliente todo el transporte, extendiéndose su control sobre las mercancías a todas las fases de su transporte ya sea terrestre, marítimo o aéreo, hasta hacerlas llegar a su destino final. La demanda de la prestación de servicios transitarios viene constituida por tanto por la totalidad del tejido empresarial e industrial que necesite realizar un servicio regular o puntual de entrega de mercancías en el exterior...*

*Dos son los canales a través de los cuales un transitario obtiene la petición del servicio u "orden de carga":*

*- Por parte de un exportador español que venda en condiciones DDU (Delivery Duty Unpaid) o CIF (Cost, Insurance and Freight) que paga el flete, estableciéndose una relación directa entre cliente y transitario mediante un contrato privado de transporte de mercancías, facturando el transitario todo el servicio al cliente que envía la mercancía.*

*- Por parte del agente o corresponsal extranjero del transitario, para el caso de que el exportador/proveedor español venda en condiciones ex fábrica. En este caso, el precio del transporte se paga en destino en el país europeo donde tenga su residencia el destinatario de la mercancía. El transitario recibe la orden de carga de su agente o corresponsal extranjero, que a su vez ha confeccionado el contrato de transporte con su cliente en su país, facturando el transitario a dicho agente la parte del servicio que efectúa.*

*Dentro de la prestación de actividades transitarias por carretera pueden diferenciarse tres segmentos:*



- *Grupaje (envíos consolidados): transporte de cargas de hasta 3.000 kilos, con cierta estandarización en su organización, con salidas semanales a puntos concretos pero sin necesidad de una recogida diaria. Las tarifas para este servicio se fijan en función de su destino y peso.*
- *Carga parcial (carga fraccionada, "Part Truck Loads" o PTL): transporte de cargas de más de 3.000 kilos pero sin llegar a completar el camión. No son servicios estandarizados y se negocian en términos de servicio y precio con los clientes.*
- *Carga completa ("Full Truck Loads" o FTL): camiones contratados específicamente para una carga y un destino concreto. Sus precios se negocian individualmente con cada cliente y el servicio es, generalmente, puerta a puerta sin pasar por las instalaciones del transportista.*

*El grupaje se diferencia de las cargas completas y parciales por razón del precio, así como por estar orientado a las necesidades de un tipo específico de clientes, en su mayor parte pequeñas y medianas empresas (124 del PCH). Se trata de un servicio que por sus características específicas no es sustituible desde el punto de vista de la demanda por el transporte de cargas parciales o cargas completas, que se rige con precios "todo incluido". Dentro del grupaje se diferencian las actividades europeas de las denominadas domésticas, que puede realizar también el transitario en el caso que dicho transporte interno suponga la continuación del transporte internacional que tiene encomendado.*

*En esta actividad pueden darse vínculos comerciales entre operadores, pues puede suceder que un transitario tenga carga para una determinada ruta o línea de transporte, pero que dicha carga no sea suficiente para llenar un camión, por lo que puede solicitar que otro transitario le transporte su carga o que ofrezca dicho espacio libre a otros transitarios. (ver también 132 del PCH)...*

*Respecto a la definición geográfica del mercado, las autoridades comunitarias y nacionales de competencia han considerado el mercado del transporte internacional terrestre, así como el de sus actividades auxiliares (entre ellas, las actividades transitarias), de ámbito nacional puesto que la elección de los proveedores de servicios de transporte y auxiliares todavía difiere en gran medida de un país a otro, con lo que la presencia e importancia de los proveedores nacionales es un factor relevante."*

Respecto del cártel, continúa la Resolución recogiendo las apreciaciones de la DI, en lo que ahora interesa:

*"De acuerdo con la información disponible por la DI1, a principios del año 1991 un grupo reducido de RA (o "RA Vips"), formado por SPT, SALVAT, INTER-TIR (RAMINTER) y HANIEL (la actual ABX), junto con otras dos empresas ya desaparecidas, comenzó a reunirse en paralelo en la sede de SPT, adoptando una posición común que luego era trasladada al resto de los RA en las reuniones del Hotel Alfa. Este grupo reducido de empresas siguió reuniéndose en la sede de SPT, tratando temas relacionados con las condiciones generales de contratación, responsabilidad de los transitarios (seguros) y programas de formación. No obstante, a partir de abril de 1997 el número, así como los asistentes a estas reuniones, salvo alguna excepción, se van reduciendo.*

*No obstante, a partir del año 2000 se inician de nuevo reuniones multilaterales que desembocan en la reunión de 3 de octubre de 2000, fecha a partir de la cual esta DI considera acreditado el inicio del cártel entre ABX, BWS, B&A, DHL, RAMINTER, RHENUS, SALVAT, SPT y TN. A partir de esa fecha, se institucionalizan reuniones periódicas entre directivos de las citadas empresas, en las que se adoptan acuerdos prohibidos por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, así como por el artículo 1 de la vigente LDC y por el artículo 81 del TCE en el ámbito del sector del transporte por carretera de mercancías en y desde territorio español a otros países europeos, como se constata de la información disponible en este expediente2.*

*Las reuniones siguieron celebrándose, al menos, hasta finales de 2008, destacándose que en el momento de la inspección realizada por la CNC el 18 de noviembre de 2008 se constató la convocatoria de una reunión del Grupo prevista para el 3 de diciembre de 2008. Por otra parte, como ya se detallará en este PCH, algunas de las empresas incoadas -en concreto, RHENUS y DHL- dejaron de asistir a partir del año 2007 a estas reuniones, dando por finalizada su participación en el cártel.*

*A lo largo de dichas reuniones -reconocidas por sus asistentes como reuniones de "Colegas", "Lobby" o "G-7"- las empresas integrantes del cártel trataron materias comercialmente sensibles y adoptaron acuerdos relativos al incremento anual de tarifas en función del IPC, al establecimiento de recargos repercutiendo el incremento del precio del carburante y la repercusión en sus clientes de la introducción de un peaje en Alemania al paso por sus autopistas de vehículos pesados.*

*Todos estos acuerdos se adoptaron en el ámbito del grupaje, aplicándose a sus clientes con menor poder de negociación (pequeñas y medianas empresas) en la expedición de mercancías en y desde España a otro país europeo. Los acuerdos no afectaban a las cargas parciales y/o completas, que se rigen con precios todo incluido, y tampoco a los grandes clientes, pues con éstos se negocia de forma individualizada, dado su poder*

*de negociación, siendo habitual que anualmente, por lo general a finales o principios de año, los grandes clientes soliciten ofertas de varias empresas transitorias. También se adoptaron otros acuerdos, como el relativo a la no contratación de trabajadores de otras empresas participantes en el cártel sin su previo consentimiento y, respecto de las empresas integrantes del cártel presentes en actividades nacionales, se fijaron también el incremento de sus tarifas por dichas empresas."*

El contenido de los acuerdos, según se recoge por la DI, en términos aceptados en la Resolución, venían referidos a) incremento anual de tarifas en función del IPC, b) recargo por incremento del coste del carburante, c) repercusión pago peajes, d) incremento de las tarifas de las actividades transitorias domésticas, y e) pacto no de agresión en relación con los empleados de las otras empresas del cártel.

Desde el año 2000 al 2008, se declaran probadas 42 reuniones. A continuación se describen las distintas reuniones y los temas tratados y los acuerdos alcanzados en las materias antes señaladas.

Estos hechos han quedado acreditados en el expediente administrativo, sin que hayan sido desvirtuados por las pruebas practicadas ante la Sala, relativas fundamentalmente, a documentos relacionados con modificaciones legislativas en el ámbito del transporte.

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

Pues bien, valorando la prueba en su conjunto, tanto los documentos como la operativa de las actuaciones, se llega, sin duda, a la conclusión de que el relato fáctico anterior ha quedado plenamente probado.

En cuanto a la prueba de indicios, es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998\7741 ) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

Pues bien, todos los elementos fácticos señalados, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan.

La CNC afirma que la conducta, calificada correctamente de infracción continuada, se ha extendido durante la vigencia, tanto de la Ley 16/1989, como de la Ley 15/2007, si bien la cuestión no plantea mayores problemas porque las conductas descritas en ambas Leyes como infracción, son sustancialmente iguales. Tampoco habría una aplicación retroactiva de la regulación sobre cárteles, porque la conducta imputada ha existido bajo la vigencia de la Ley 15/2007.

El artículo 1 de la Ley 15/2007 :

"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a. La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b. La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c. El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."

De los hechos relatados resulta la existencia de acuerdos, que han consistido, como señala la CNC, en intercambio de información y de opiniones y a la adopción de estrategias comunes sobre aspectos comerciales sensibles. No se trata de un mero intercambio de información como conducta autónoma, como algunas de las partes alegan. Se ha producido un diseño de la estrategia de repercusión de costes y sobre cómo comportarse en el mercado con sus clientes respecto a una variable fundamental, el precio. Se han coordinado sobre si iban a subir tarifas, cuándo y en qué orden de magnitud. Las empresas imputadas han pretendido y conseguido reducir la incertidumbre a la que se enfrentan sobre sus costes y sobre cuándo, cómo y en qué medida iban a





realizar cada una de ellas el incremento de tarifas. Decisión que, no cabe duda, deben adoptar individualmente y con plena autonomía, sin ningún tipo de coordinación previa.

**CUARTO** : Veamos ahora las alegaciones actoras.

Respecto a cuestiones formales analizaremos la caducidad. El artículo 36 de la Ley 15/2007 establece : "1. *El plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente...*"

El inicio del plazo, como regla general, es el de incoación de expediente. La sentencia del TS de 4 de junio de 2004 , dictada en interés de Ley, alegada por el recurrente, razona:

*"El que la denuncia correctamente extendida y notificada al infractor suponga el comienzo del plazo para el procedimiento sancionador -tal como se contempla en el artículo 10 del Reglamento del Procedimiento Sancionador en materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, y como ha sido aplicado en materia de transportes terrestres-, se asienta sobre la base de que ambas partes, Administración sancionadora y sujeto responsable de la infracción, poseen a partir de ese momento los elementos y datos necesarios para el ejercicio de sus competencias y la defensa de sus intereses respectivamente. La Administración puede proceder al ejercicio de la potestad sancionadora en defensa de la seguridad vial y de los intereses generales asociados a la misma, puesto que tiene los datos necesarios para la instrucción del expediente, sin que haya razón alguna para que la iniciación del procedimiento quede diferida a un momento posterior a voluntad de la propia Administración. El infractor, por su parte, ha quedado notificado de la infracción supuestamente cometida y sabe que la Administración ha iniciado un expediente sancionador, por lo que queda excluida toda posible indefensión."*

Es evidente que tal doctrina no es aplicable al supuesto de autos. La denuncia de una entidad privada, no es la contemplada por la sentencia citada, y el efecto de una denuncia de parte no puede ser comparada a una denuncia realizada por agentes de la autoridad o funcionarios públicos. De ahí que la investigación administrativa para contrastar los hechos de la denuncia - orden de investigación, autorización judicial de entrada y registro -, eran actuaciones más que justificadas, por más que la incoación se acordase con anterioridad a la práctica del registro.

La información reservada se encuentra expresamente prevista en el artículo 49 de la Ley 15/2007 , que determina: "2. *Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador."*

Por otra parte, en tanto no se incoe el procedimiento, sigue corriendo la prescripción, por lo tanto, las actuaciones constitutivas de la información reservada, no perjudican al recurrente en cuanto a la prescripción, tampoco pueden beneficiarle respecto de la caducidad. Por otra parte, no se aprecia un exceso injustificado en tales actuaciones.

Respecto de las suspensiones acordadas, nada impide que por Resolución de 22 de febrero de 2010 se acuerde, con efectos al 19 del mismo mes y año, una suspensión, ya que otorgar el efecto suspensivo a un momento anterior a la Resolución, no se prohíbe en la regulación. Se trata de una suspensión producida en el seno del expediente - pues el 19 de febrero de 2010 es la fecha de remisión de la información -, que se recoge en la correspondiente Resolución para conocimiento de los interesados. La suspensión se encontraba justificada por tratarse de una comunicación a la CE. Se alzó el 20 de marzo de 2010 en aplicación del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002.

La segunda suspensión se acuerda con efectos a 21 de mayo de 2010, para la práctica de pruebas, que se aportaron por la última interesada el 8 de julio de 2010. Afirma la recurrente que la suspensión debió alzarse el día 9 de julio de 2010, el día siguiente. Se alzó el 28 de julio de 2010 tras las alegaciones a las pruebas de todas las interesadas. El Real Decreto 261/2008, dispone en su artículo 12.1 b) *en el supuesto previsto en el artículo 37.1.e) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados de las pruebas o de actuaciones complementarias al expediente.* Los resultados de las pruebas, implica valoración de las mismas por las interesadas, pues sus alegaciones son parte del resultado de la actividad probatoria. Y así en el relato de hechos de la Resolución, queda claro que la *incorporación de los resultados de las pruebas o de actuaciones complementarias al expediente*, no es exclusivamente la aportación de datos, como parece entender la recurrente, sino también las actuaciones necesarias a la práctica de las pruebas, entre ellas las alegaciones de las partes:

*"55 El 12 de julio de 2010 la Dirección de Investigación da traslado al Consejo de:*



- Escrito de INTER-TIR remitido por correo administrativo el 29 de junio y con entrada en la CNC el 1 de julio de 2010 dando respuesta a la solicitud de aportación de prueba así como a la información requerida.

- Fax de BWS con entrada en la CNC el 8 de julio de 2010 al que se acompaña la prueba así como a la información requerida y se indica que se han remitido los originales por correo administrativo.

56 Mediante Acuerdo de 12 de julio de 2010, una vez incorporada al expediente la documentación correspondiente a la práctica las pruebas y conforme a lo dispuesto en el art. 36.2 RDC, se concede a los interesados el plazo de 10 días para valoración de las mismas.

57 En contestación al trámite de valoración de prueba han tenido entrada en esta CNC con fecha 22 de julio de 2010 escrito DHL. Con fecha 23 de julio escritos de ABX, TRANSNATUR, BWS y RHENUS, éste último en versión pública y confidencial. Con fecha 26 de julio de 2010 escrito de SALVAT, remitido por correo administrativo y con fecha 28 de julio escrito de INTER-TIR remitido por fax, que había sido previamente remitido el 23 de julio de 2010 por correo administrativo.

58 Mediante Acuerdo de 26 de julio de 2010 el Consejo levantó la suspensión del plazo máximo para resolver."

De lo expuesto se deduce que no existe arbitrariedad alguna en las suspensiones acordadas.

En cuanto artículo 28.4 del Real Decreto 261/2008 , su dicción literal es como sigue:

"4. El plazo de instrucción del expediente será de doce meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación. El transcurso del plazo máximo de dieciocho meses desde la fecha del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador sin que se hubiera resuelto el procedimiento determinará la caducidad del mismo de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 38 de la Ley 15/2007 de 3 de julio ."

Y el artículo 38.1 establece 1. *El transcurso del plazo máximo de dieciocho meses establecido en el apartado primero del artículo 36 para resolver el procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas determinará la caducidad del procedimiento, como ya se ha señalado. Por tanto es incuestionable que el plazo para resolver el expediente sancionador es de 18 meses.*

Veamos ahora las alegaciones relativas a nulidad por irregularidades en el procedimiento.

A) Infracción del artículo 35 de la Ley 30/1992 . Este precepto dispone : *"Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos: a) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos..."*

El recurrente ha tenido acceso al expediente, ha conocido los datos que le afectaban obrantes en el mismo, por ello, la denegación de copias, de haber existido, no ha causado indefensión, ni ha afectado su posición en el expediente. No es un irregularidad invalidante.

B) Infracción del artículo 49.1 de la Ley 30/1992 . Este precepto dispone : *"1. La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero. El acuerdo de ampliación deberá ser notificado a los interesados..."*

Se trata de una facultad de la Administración, no de un derecho de los interesados, y por ello, es la Administración la que valora las circunstancias concurrentes a efectos de tal ampliación. No existe irregularidad.

C) Infracción del artículo 5.4 de la Ley 1/2002 , y concordante del RDC. El precepto señalado determina: *"La Comisión Nacional de la Competencia, en el ejercicio de las funciones que le son propias, recabará del órgano autonómico informe preceptivo, no vinculante, a emitir en el plazo de veinte días, en relación con aquellas conductas previstas en los artículos 1 , 2 y 3 de la Ley de Defensa de la Competencia o los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea que, afectando a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional, incidan de forma significativa en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma."*

Podemos leer en la Resolución impugnada: *"El Consejo entiende que la afectación apreciable al comercio comunitario en este caso es clara. La conducta imputada se refiere a servicios de organización y planificación del transporte de mercancías de terceros, o de expedición de carga que tienen que ver con el tránsito aduanero o, al menos, transnacional. En definitiva, estamos ante una actividad económica transfronteriza que necesariamente repercute, por lo menos, en dos Estados miembros. De ella depende una parte significativa de las exportaciones e importaciones de mercancías a España."*



La conducta imputada no incide *de forma significativa en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma*, como exige la Ley 1/2002, ya que la incidencia lo es transnacional, por ello no concurre el presupuesto para la solicitud del informe.

D) Tampoco se ha vulnerado el artículo 51.3 de la Ley 15/2007 . La dicción del mismo es "*A propuesta de los interesados, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá acordar la celebración de vista.*" Es una facultad de la CNC a la vista de la utilización del término *podrá*.

E) Aplicación retroactiva del programa de clemencia e inconstitucionalidad de los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007 . No ha existido retroactividad en la aplicación del programa de clemencia, pues la aportación de los elementos de prueba que justifican la aplicación de la clemencia, se realizan vigente los citados preceptos, y es tal aportación la que determina el ámbito temporal de la norma aplicable. La fecha de los hechos imputados no es el referente en la aplicación temporal de los citados preceptos.

La aplicación del programa de clemencia, que no lo ha sido retroactivamente, no disminuye la defensa de las imputadas a los efectos del artículo 24.2 de la CE , ni vulnera el principio de seguridad jurídica del artículo 9 de la CE , por las razones antes expresadas.

El que SPT conociera la existencia de aportación de elementos de prueba, e incluso el inicio de actuaciones de investigación no vicia su declaración, pues la ignorancia de tales circunstancias no se configura en la norma como requisitos de validez de la declaración.

No se aprecia contradicción entre el valor justicia del artículo 1.1 de la CE y el programa de clemencia. La finalidad de dicho programa es poner fin a conductas contrarias a la libre competencia y preservar la seguridad competitiva en el mercado, evitando la persistencia de comportamientos constitutivos de infracciones administrativas, que entrañan graves perjuicios a terceros. Y desde tal punto de vista el programa de clemencia coadyuva al valor justicia del artículo 1.1 citado. El concepto de justicia que plasma el recurrente en su demanda, lo es de carácter subjetivo - en cuanto exime de sanción a quienes han cometido infracciones -, pero este elemento subjetivo no es el único que integra el valor justicia al que nos referimos.

**QUINTO** : Veamos ahora las cuestiones de fondo.

La Resolución impugnada define el mercado relevante en los siguientes términos, como hemos visto:

*"Dentro del sector del transporte de mercancías, la Dirección de Investigación considera relevante para este expediente el mercado español de la prestación de servicios de actividades transitarias por carretera, es decir de servicios de organización y planificación del transporte de mercancías de terceros, o de expedición de carga y, en particular, de aquellos que tienen que ver con el tránsito aduanero o, al menos, con el internacional... El Consejo entiende que la afectación apreciable al comercio comunitario en este caso es clara. La conducta imputada se refiere a servicios de organización y planificación del transporte de mercancías de terceros, o de expedición de carga que tienen que ver con el tránsito aduanero o, al menos, transnacional. En definitiva, estamos ante una actividad económica transfronteriza que necesariamente repercute, por lo menos, en dos Estados miembros. De ella depende una parte significativa de las exportaciones e importaciones de mercancías a España."*

La Sala comparte esta apreciación. El mercado geográfico lo es el español, si bien se reconoce efectos transfronterizos a la conducta, por ello, la cuota de mercado viene referida al mercado español, sin perjuicio de que la conducta se proyecte sobre otros mercados geográficos.

En cuanto a la aptitud de la conducta para distorsionar la libre competencia, resulta claro que acuerdos relativos a incremento anual de tarifas en función del IPC, a recargo por incremento del coste del carburante, a repercusión de pago peajes, a incremento de las tarifas de las actividades transitarias domésticas, y a pacto no de agresión en relación con los empleados de las otras empresas del cártel, afectan directamente al precio del servicio, y, por lo tanto, tiene aptitud para uniformar precios, al menos en algunos de sus componentes. Se afecta así un elemento esencial en la prestación del servicio, el precio, y con ello la libre competencia.

Respecto al principio de confianza legítima, se ampara el recurrente en el artículo 18 de la Ley 16/1987 , en su redacción aplicable al momento de los hechos. Pero ni en la más flexible de las interpretaciones del precepto, la referencia a "precios usuales o de mercado del lugar" puede amparar un acuerdo sobre los elementos integrantes del precio. Una cosa es el precio usual que se genera espontáneamente, y otra muy distinta, es el precio que resulta como consecuencia de un acuerdo entre los prestadores del servicio.

Tampoco la necesidad de cubrir costes autorizan a un pacto sobre los mismos, pues cada operador, según la estructura de su empresa, cubrirá los costes aplicando los precios necesarios al efecto.

Respecto al pacto sobre el personal, aún admitiendo que el mismo no afectase al mercado - cuestión discutible -, no afectaría a la existencia del acuerdo colusorio.



Respecto de la conducta continuada, hemos de recordar, de una parte, que el inicio se fija en el año 2000, y se extiende hasta el 2007 en unos casos y hasta el 2008 en otros. Las notas de habitualidad y continuidad concurren para calificar la infracción de continuada. No podemos aceptar el planteamiento de la recurrente en cuanto a que la infracción continuada se recibe en el Derecho de la Competencia español con la Ley 15/2007, por dos razones, la primera porque tal figura ha sido de construcción jurisprudencial por el TJCE, como expresamente se recoge en la Resolución:

*"Esta interpretación de la infracción única es consistente con la jurisprudencia comunitaria. (Decisión de 13/07/1994, As. IV/C/33.833 Cartoncillo, apartado 128, y STPI de 14/05/1998, Ass. T-308, 334, 338, 348 y 354, apartado 43). El TJCE ha reiterado que una infracción del artículo 101 del TFUE puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos. Basta, como señalábamos antes, que las diversas acciones tengan un mismo propósito que falsea el juego de la competencia. El TJCE ha señalado que "...esta interpretación no queda desvirtuada por el hecho de que uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Anic Participazioni, antes citada, apartado 81). Cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto STJ, 7 de enero de 2004, asuntos acumulados C-204/00 P, C- 205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, 258)." En el caso que se cita el TG consideró que la Comisión había acertado al considerar una infracción única y continuada "el conjunto de las disposiciones adoptadas en el marco de Cembureau y de las reuniones y contactos bilaterales y multilaterales".*

Esta jurisprudencia viene a interpretar los Tratados europeos en materia de libre competencia, y estos Tratados son aplicables en España desde su adhesión a la CEE. Por ello, al tiempo de ocurrir los hechos, existía en Derecho español la infracción continuada en materia de competencia.

Pero, además, el delito continuado existía, en ese tiempo, en Derecho español, y, es bien sabido, que en materia sancionadora se aplican los principios del Derecho Penal.

No existe, al ser una infracción continuada, prescripción.

Antes de entrar en los problemas que plantea la aplicación de la sanción, hemos de referirnos a nuestra sentencia de 17 de junio de 2013, recurso 599/2010 . Esta sentencia deja sin efecto, como no podía ser de otra manera, la sanción impuesta a la recurrente en aquel recurso, Blue Water Shipping España, S.A., pero no afecta a la sanción impuesta a la hoy actora, pues el objeto de aquel recurso, lo era la Resolución de la CNC, en cuanto afectaba a la recurrente.

**SEXTO** : 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.

En el presente caso la sanción se impone en Resolución de 19 de octubre de 2011, que refleja el acuerdo del día 13, y por lo tanto el volumen de negocios a considerar es el del ejercicio de 2010. No es correcta la magnitud considerada por la CNC en cuanto se refiere a otro ejercicio.

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.

**SEPTIMO:** Resuelta la naturaleza del límite del 10%, hemos de determinar sobre la base que ha de aplicarse.

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.

Señala la recurrente que su volumen de negocios en la línea Algeciras Ceuta ascendió en el 2010 a 13.186.189,38, por lo que la multa impuesta excede del 10% señalado.

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.

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 y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

## FALLAMOS

Que **estimando parcialmente** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Transportes Internacionales Intertir S.L.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Francisco Velasco Muñoz Cuellar, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 31 de julio de 2010**, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la cuantificación de la multa, y en consecuencia **debemos anularla** y la **anulamos, ordenando** a la CNC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, **confirmando** la Resolución en sus restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## 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 573/10.

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 6 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 dicten 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 en los supuestos en los que las prácticas anticompetitivas puedan afectar al comercio entre los Estados miembros ( artículo 3 del Reglamento 1/2003 ). b) Para hacer efectivo el respeto a las reglas de la libre competencia, la CNC 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 . c) 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) d) 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 . Una interpretación que omitiera el aspecto sancionador de este tipo de conductas, privaría de efecto útil a las mismas.

5º. En el presente caso, el artículo 63 LDC establece que el importe de la multa por infracción de la propia ley, lo que implica también la 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, de entrada, 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, sin perjuicio de que este umbral de nivelación se identifique, obviamente, con la cuantía máxima que pueda exigirse a la empresa infractora.

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. De forma expresa se indica en dicha jurisprudencia, que la sentencia de 28-1-13 reitera, ningún precepto impone la obligación de establecer una escala o división tripartita de infracciones, bastando con una única categoría.

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, para lo que sería impensable no incluir el aspecto sancionatorio, que es el que garantiza su eficacia.

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 7 de la sentencia de la que discrepo, me remito directamente al voto formulado en su día por la antigua Magistrada de esta Sección Dª 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 Putters 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** / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.